



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**EVALUACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS
APLICADAS EN LA SENTENCIA DEL EXP. N° 01587-
2018-PHC/TC, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL -
AYACUCHO, 2019.**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS.

AUTOR:

Bach. TINEO NAJARRO, JESUS ORLANDO

ORCID: 0000-0002-2422-7168

ASESOR

Dr. RIVEROS CARPIO BLADIMIRO

ORCID: 0000-0003-3848-7101

AYACUCHO – PERÚ

2019

TITULO DE TESIS

EVALUACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS APLICADAS EN LA SENTENCIA
DEL EXP. N° 01587-2018-PHC/TC, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

AYACUCHO, 2019.

EQUIPO DE TRABAJO

AUTOR

Bach. TINEO NAJARRO, JESUS ORLANDO

ORCID: 0000-0002-2422-7168

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Maestría,

Ayacucho, Perú

ASESOR

RIVEROS CARPIO, BLADIMIRO

ORCID: 0000-0003-3848-7101

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Ciencia Política,
Escuela Profesional de Derecho, Ayacucho, Perú

JURADO

DUEÑAS VALLEJO, ARTURO

ORCID: 0000-0002-3016-8467

CARDENAS MENDIVIL, RAUL

ORCID: 0000-0002-4559-1989

AROTOMA ORE, RAUL

ORCID: 0000-0002-3488-9296

HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR

DUEÑAS VALLEJO, ARTURO

Presidente

ORCID: 0000-0002-3016-8467

CARDENAS MENDIVIL, RAUL

Miembro

ORCID: 0000-0002-4559-1989

AROTOMA ORE, RAUL

Miembro

ORCID: 0000-0002-3488-9296

RIVEROS CARPIO, BLADIMIRO

Docente Tutor Investigador

ORCID: 0000-0003-3848-7101

AGRADECIMIENTO

A Dios, fuente inagotable de mis fortalezas en este camino que se llama vida.

A mis padres:

Abel y Julia, por haberme dado la vida, a mi Madre por el afecto que me ha dado y me sigue brindando, por su apoyo permanente e incondicional desde que decidí hacerme profesional.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo general: verificar que la sentencia del Exp. Nro. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación. La investigación es de tipo cualitativo, nivel descriptivo y diseño de estudio de caso único. La unidad de análisis fue una sentencia del Tribunal Constitucional, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizaron las técnicas de la observación y análisis de contenido, y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de experto.

Los resultados de la Evaluación de las técnicas jurídicas aplicadas a la sentencia del Exp. Nro. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, revelaron que: se determinó la aplicación de la Interpretación y de la argumentación; y, no se determinó la aplicación de la integración.

Palabras clave: Interés superior del niño, reconversión y habeas corpus, interpretación y argumentación.

ABSTRACT

The present investigation had as a general objective: to verify that the sentence of the Exp. No. 01587-2018-PHC / TC-LIMA, of the Constitutional Court of Peru, is framed within the techniques of interpretation, integration and argumentation. The research is of qualitative type, descriptive level and design of a single case study. The unit of analysis was a ruling of the Constitutional Court, selected by convenience sampling; To collect the data, the techniques of observation and content analysis were used, and as a tool a checklist, validated by expert judgment.

The results of the Evaluation of the legal techniques applied to the judgment of the Exp. No. 01587-2018-PHC / TC-LIMA, of the Constitutional Court of Peru, revealed that: the application of the Interpretation and the argumentation were determined; and, the application of the integration was not determined.

Keywords: Best interest of the child, conversion and habeas corpus, interpretation and argumentation.

CONTENIDO (INDICE)

TITULO DEL INFORME DE TESIS	ii
EQUIPO DE TRABAJO	iii
HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
CONTENIDO (INDICE).....	viii
I. INTRODUCCION.....	12
1.1. Problematización e importancia	15
1.2. Objeto de estudio	16
1.3. Pregunta orientadora.....	16
1.4. Objetivos de estudio	16
1.5. Justificación y relevancia del estudio	17
II. REFERENCIA TEORICO-CONCEPTUAL	19
2.1. Referencial conceptual	19
2.2. Referencial teórico.....	22
2.2.1 Problemas interpretativos de la actividad judicial	22
2.2.1.1. Definiciones de interpretación.....	22
2.2.1.2. Carácter de la interpretación.....	22
2.2.1.3. Interpretación e integración	23
2.2.1.4. Necesidad de la interpretación.....	23
2.2.1.5. Finalidad de la interpretación	24
2.2.1.6. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal	24

2.2.2	La interpretación y sus métodos	27
2.2.2.1.	El método lógico.....	27
2.2.2.2.	Método sistemático.....	28
2.2.2.3.	Método histórico.....	29
2.2.2.4.	Método sociológico	30
2.2.2.5.	Método teleológico	31
2.2.3	Método de interpretación de la Constitución Política	31
2.2.3.1.	Teorías sobre la interpretación del derecho	32
2.2.3.2.	Teoría legalista o legislativa	32
2.2.3.3.	Teoría exegética.....	33
2.2.3.4.	Teoría de la voluntad de la ley.....	34
2.2.3.5.	La Teoría finalista.....	34
2.2.3.6.	La libre investigación científica	35
2.2.3.7.	Teoría del derecho libre	36
2.2.3.8.	Jurisprudencia sociológica.....	37
2.2.3.9.	Jurisprudencia de interés	38
2.2.3.10.	El realismo jurídico	39
2.2.3.11.	La teoría pura del derecho	40
2.2.3.12.	Teoría de la lógica razonable.....	41
2.2.3.13.	Teoría analítica	42
2.2.4	Integración del Derecho.....	43
2.2.4.1.	Plenitud del ordenamiento jurídico.....	44
2.2.4.2.	Integración del derecho	44
2.2.4.3.	Las lagunas de la ley.....	46

2.2.4.4. Concepto de analogía.....	49
2.2.4.5. Naturaleza jurídica de la analogía	50
2.2.4.6. La analogía y su diferencia con la interpretación extensiva.....	52
2.2.4.7. Fundamentos de la analogía	53
2.2.4.8. Clase de analogía	54
2.2.4.9. Límites de la analogía.....	55
2.2.5 Aspectos fundamentales de la argumentación jurídica.....	57
2.2.5.1. Argumentar	57
2.2.5.2. Estructura argumentativa: el modelo del silogismo en el derecho	58
2.2.5.3. La justificación interna	60
2.2.5.4. La justificación externa	60
2.2.6 Antecedentes del Habeas Corpus:	62
2.2.7 El Habeas Corpus en el proceso nacional....	¡Error! Marcador no definido.
2.2.8 El Habeas Corpus en los Procesos Internacionales de	¡Error! Marcador no definido.
III. METODOLOGIA	76
3.1. Tipo de investigación	76
3.2. Método de investigación: jurídico-descriptivo, hermenéutico,	76
3.3. Hipótesis	77
3.4. Sujetos de la investigación	78
3.5. Escenario de estudio	78
3.6. Procedimientos de recolección de datos cualitativos:	78
3.6.1 Técnicas de recolección de datos.....	78
3.6.2 Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.....	78
3.6.2.1. La primera etapa: exploratoria (analítica).	78

3.6.2.2. La segunda etapa: más sistematizada.	79
3.6.2.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático.	79
3.6.3 Procesamiento de datos	79
3.7. Consideraciones éticas y de rigor científico	79
IV. RESULTADOS Y DISCUSION	81
4.1. Presentación de resultados.....	81
4.2. Análisis y discusión de resultados	95
V. CONCLUSIONES	98
VI. RECOMENDACIONES	99
VII. CONSIDERACIONES FINALES	100
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
Anexo 1: Cronograma de actividades.	103
Anexo 2: Presupuesto.	104
Anexo 3: Declaración de compromiso ético.....	105
Anexo 4: Sentencia del Tribunal Constitucional	106
Anexo 5: Matriz de consistencia.....	120
Anexo 6: Lista de cotejo	121

I.INTRODUCCION

La formulación de la presente tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 012 (ULADECH, 2019), y a la ejecución de la Línea de Investigación: “Administración de Justicia en el Perú”, de la Escuela Profesional de Derecho; siendo el Perfil metodológico de los sub proyectos para obtención del Grado de Maestro: Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en las sentencias de procesos concluidos en el Tribunal Constitucional del Perú, cuya base documental son las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú.

De lo expuesto, se abordó el siguiente enunciado del problema:

¿La evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación?

Para abordar el enunciado del problema, se trazó un objetivo general:

Verificar que la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.

Asimismo, para resolver el problema se determinó los siguientes objetivos específicos:

1.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de interpretación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

2.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de integración de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

3.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de argumentación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

4.- Evaluar las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

La presente investigación surge de la problemática de la realidad socio jurídica del Perú, donde algunas sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, están lejos de enmarcarse dentro de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación, al resolver los recursos de agravio constitucional de su competencia; carentes de interpretación, integración y argumentación. En este sentido, es importante estudiar la aplicación de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación en las sentencias del Tribunal Constitucional, por los tribunales.

Los beneficiados con la presente investigación son los justiciables y el Tribunal Constitucional, que al identificar sus debilidades; en adelante enmarcaran sus decisiones, dentro de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación, para emitir sentencias debidamente motivadas, en mérito al empleo de un razonamiento constitucional, basado en reglas y principios, aplicando la ponderación, racionalidad y eficacia del análisis constitucional y del debate de los derechos fundamentales de los sujetos del proceso, los cuales traerán como resultado la satisfacción de los justiciables y el fortalecimiento del sistema constitucional en el Perú.

En el presente estudio, los Magistrados del Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, han resuelto: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, entendida como una de amparo, por haberse acreditado la vulneración del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 13, 14 y 35 de la presente sentencia. **2.** Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, entendida como una de amparo, en sus demás extremos. **3. EXHORTAR** a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, de conformidad con los fundamentos 35 y 36 de la presente sentencia.

La presente investigación es de tipo cualitativo, doctrinal o teórico normativo; de nivel descriptivo ; para la recolección de los datos, se ha seleccionado una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia, lo que conllevará a utilizar para ello las técnicas de la observación y el análisis de contenido, aplicándose una lista de cotejo que contendrá los parámetros de medición referentes al tema de investigación, el cual será validado mediante juicio de expertos; de lo que se evidencia que la presente investigación contará con rigor científico porque presentara en forma coherente y con claridad su perspectiva y fundamentación teórica, y la metodología empleada en el análisis.

La investigación contiene un valor metodológico, el que se evidenciará a través del procedimiento de recolección de datos, por medio de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, emitida por los Magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, el que goza de confiabilidad y

credibilidad, lo que hará posible evaluar la aplicación de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la sentencia, y de esta forma resolver las interrogantes establecidas en nuestro enunciado.

1.1. Problematización e importancia

La presente tesis surge de la problemática de la realidad socio jurídica del Perú, donde algunas sentencias del Tribunal Constitucional, están lejos de enmarcarse dentro de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación al resolver las controversias constitucionales; reflejando las sentencias carencia de interpretación, integración y argumentación. En este sentido, es importante estudiar la aplicación de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación en las sentencias en agravio Constitucional, emitido por los magistrados de Tribunal Constitucional.

Los beneficiados con la presente investigación son los justiciables y el Tribunal Constitucional, que al poder identificar sus debilidades; en adelante han de enmarcar sus decisiones, dentro de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación, para emitir sentencias debidamente motivadas, en mérito al empleo de un razonamiento constitucional, basado en reglas y principios, aplicando la racionalidad y eficacia del análisis jurídico y del debate de las controversias constitucional de los sujetos del proceso, los que traerá satisfacción a los justiciables y el fortalecimiento del sistema constitucional de Derecho.

El perfil metodológico de la línea de investigación, administración de justicia en el Perú, orienta a la investigación de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, por lo que el problema de investigación, será verificar si los jueces constitucionales vienen aplicando técnicas de interpretación de las normas; la

integración y la técnica jurídica de la argumentación jurídica, el que reviste importancia para la obtención de una tutela judicial efectiva.

1.2. Objeto de estudio

El objeto de estudio viene a ser, la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

1.3. Pregunta orientadora

¿La evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación?

1.4. Objetivos de estudio

a.- Objetivo General

Verificar que la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú, se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.

b.- Objetivos Específicos

1.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de interpretación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

2.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de integración de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

3.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de argumentación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

4.- Evaluar las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

1.5. Justificación y relevancia del estudio

La presente investigación acerca de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación aplicada en la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú., se justifica porque el recurso de agravio constitucional, es el medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria y exclusiva de los procesos constitucionales. Se interpone contra resolución de segundo grado, emitida por el Poder Judicial, denegatoria de una demanda constitucional, a fin de que la máxima instancia constitucional analice y resuelva el caso presentado (GASETA CONSTITUCIONAL, 2012).

Los resultados de la presente investigación doctrinal (de documentos escritos), será de mucha utilidad para el desarrollo de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación, que son aplicados por los magistrados del Tribunal Constitucional, al resolver los Recursos de Agravio Constitucional, mediante sentencias del Tribunal Constitucional; porque gracias a la investigación se podrá desarrollar mejor los conceptos relacionados a la Administración de Justicia Constitucional y profundizar en los temas objeto de investigación, lo cual nos permitirá

hacer generalizaciones o desarrollar nuevas teorías; que, sin duda redundará en mejora de la administración de justicia en el Perú.

El estudio, se orienta a evaluar las técnicas jurídicas aplicadas en las sentencias del Tribunal Constitucional de procesos concluidos en el Tribunal Constitucional; en el presente caso, referente a la aplicación de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación en la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú; lo que nos permitirá alcanzar los resultados de la evaluación de la aplicación de las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación, para el desarrollo de la institución de Agravio Constitucional; la misma que coadyuvará en mejora de la administración de justicia en el Perú.

II.REFERENCIA TEORICO-CONCEPTUAL

2.1. Referencial conceptual

Habeas Corpus. Significa “traer el cuerpo”, “que tengas el cuerpo”, se entiende como la presentación del detenido frente a la presencia del juez, con el objeto de que examine la causa de la detención y disponga el arresto o libertad según el caso.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia se lee: “Que tengas tu cuerpo: Derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal y si debe alzarse o mantenerse”.

Desvinculación.- (CARLOS & Escobar Antezano, 2009) La desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por este. Es importante determinar quién, es el titular de la delimitación del hecho punible y de la calificación jurídica; el artículo 285-A, se incorporó en el año 2004, ello no ha impedido desarrollar con anterioridad el ámbito dogmático y jurisprudencial.

Principio de la no autoincriminación. El principio de no autoincriminación se inicia con el derecho a guardar silencio y termina con el ejercicio del derecho a declarar con la garantía de un consejo técnico (Art. 71.2.d NCPP), y sin la utilización de métodos o técnicas para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (Art. 157.3 NCPP).

Contenido constitucionalmente protegido. El Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, referido a la interpretación de los derechos constitucionales, establece que: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Principio de congruencia procesal. El principio de congruencia procesal implica que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, así mismo, la obligación de los magistrados de pronunciarse con relación a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos de postulación o en sus medios impugnatorios.

La prueba.- Según (ARBULU MARTINEZ, 2012) señala que: “La prueba es un instrumento sustancial dentro de un proceso penal, en el que las partes, en el juicio oral y contradictorio, enfrentan hipótesis fácticas con calificaciones jurídicas, sujetas a verificación y que constituyen elementos de sus teorías del caso. Los procedimientos legales para acreditar los hechos, son los medios de prueba”.

Debida motivación de resoluciones judiciales .- Es un principio y derecho de la función jurisdiccional, que se encuentra establecido en el Art. 139° de la Constitución Política del Perú, al respecto (BERNALES BALLESTEROS, 1996) señala lo siguiente: “Es frecuente encontrar en nuestro medio, sentencias

verdaderamente inentendibles, bien porque no se expone claramente los hechos materia de juzgamiento, o porque no se evalúa, su incidencia en el fallo final de los tribunales, bien porque se dicta disposiciones legales en términos genéricos, a pesar que suele ocurrir que un solo artículo de ley contenga varias normas jurídicas”.

Recurso de agravio constitucional.- Según el Art. Artículo 18° del Código Procesal Constitucional el Recurso de agravio constitucional, procede: “ Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

Sobre este punto el Art. IV Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, hace referencia a los órganos competentes, y sobre esto (CARRUITERO LECCA, 2004) señala que, esta norma expresa de manera clara, que los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, y su delimitación se encuentra en la Constitución y en sus respectivas leyes orgánicas.

2.2. Referencial teórico

2.2.1 Problemas interpretativos de la actividad judicial

2.2.1.1. Definiciones de interpretación

Torres (2011) afirma que el procedimiento de interpretación refiere a la investigación orientada a determinar el sentido y trascendencia del precepto normativo en torno a un hecho particular a los cuales se tiene que aplicar. Las normas jurídicas tienen que ser interpretadas, por el cual el enunciado de interpretación del derecho es más lógica que el otro enunciado, de interpretación de la ley.

Toda interpretación es comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido, es también atribuir el significado a un ente al que corresponde una atribución de significado.

2.2.1.2. Carácter de la interpretación

Ross (1958) refiere que, en el sistema legislado el juez cuenta con una norma general de autoridad la cual se debe interpretar; la atención se concentra en la relación existente entre una formulación de carácter lingüístico dado y un complejo específico de hechos; la argumentación se dirige a describir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están o no comprendidos por el mismo. En cambio, en el sistema inglés, donde los precedentes son la fuente predominante, el juez no cuenta con una regla general revestida de autoridad, en cuyo caso la interpretación se orienta a derivar una regla general de los precedentes existentes y aplicarla al caso por decidir. La tarea del juez no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, cuando decidir si el caso difiere del precedente de manera tal que hay fundamento para arribar

a una decisión distinta; el razonamiento jurídico lo es por vía de ejemplos, y la técnica de argumentación se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que muestran los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes.

En nuestro sistema los criterios de interpretación son las pautas que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas, requiriéndose para ello en contar con un órgano imparcial, el que tenga atribuida la competencia última en la atribución de significado a las normas constitucionales no solamente por el Tribunal Constitucional, desde luego que también por los jueces ordinarios lo que, conllevaría a ser más controlables utilizando y aplicando los contenidos de un correcto razonamiento judicial.

2.2.1.3. Interpretación e integración

Hay diferencias entre interpretación e integración. Esta tiene como presupuesto la presencia de un precepto jurídico al cual se tiene que interpretar. Mientras que integración en contraste a la interpretación, implica la falta de un precepto jurídico que sea aplicable para la solución de un asunto determinado; motivo por el cual, el intérprete debe determinar la ley, siguiendo las reglas de integración que establece el ordenamiento vigente. El mecanismo más importante de integración es la analogía, los principios generales y las costumbres del Derecho.

2.2.1.4. Necesidad de la interpretación

Torres (2011) refiere que la realidad social cambia de manera constante, por ser una realidad creada por el hombre. Los hechos se encuentran en constantes cambios como resultado de los nuevos develamientos científicos y tecnológicos, como

resultado del surgimiento de nuevas necesidades producto de la sociedad globalizada, etc. Así, el derecho tiene que adecuarse constantemente a los cambios, a estas nuevas apreciaciones o interpretaciones. Esta tarea de adaptación del Derecho a contextos cambiantes se cumple mediante la derogación de los preceptos normativos y la creación de otros nuevos, y el procedimiento de interpretación que da sentido al Derecho existente esclareciendo, extendiendo o limitando su significado para acomodar a las nuevas circunstancias.

2.2.1.5. Finalidad de la interpretación

La interpretación tiene la finalidad de extraer, concebir y representar mediante lenguaje claro el sentido real de los preceptos que componen el ordenamiento jurídico vigente, las cuales se logra comprender después de interpretarlas. Con la interpretación se conceden derechos y deberes a los ciudadanos (Torres, 2011).

EL desarrollo del Derecho positivo depende del sentido que se le da a la norma, es decir la interpretación, porque esta permite poner en armonía el ordenamiento jurídico vigente, reduciendo las contradicciones, y adaptarlas a las actuales demandas sociales, políticas, económicas, etc., para que la norma llegue a ser ilegítima, sino que se mantenga vigente y eficaz. El mayor signo de un ordenamiento jurídico ineficaz es el no poder ajustarse a las nuevas exigencias. El propósito de interpretar es reformar el Derecho para adaptar el sentido de los textos a las nuevas exigencias.

2.2.1.6. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal

La doctrina, impulsada muchas veces más por razones pedagógicas que por una verdadera importancia práctica, distingue la interpretación según el autor o el sujeto

que lo formule, diferenciando para ello entre una interpretación auténtica, interpretación judicial e interpretación doctrinal (Gaceta Jurídica, 2004).

A. Interpretación auténtica

Esta interpretación auténtica se cumple mediante un precepto aclaratorio o regla interpretativa emitida por el mismo órgano que expidió de la norma jurídica, a fin de aclarar las inconsistencias o dudas que se suscitan en estas normas o con base a ellas se vienen aplicando otras en forma incorrecta o, escuetamente, porque su autor quiere que sea comprenda en diferente sentido al que se le ha dado o pretende darle. Teniendo en cuenta esto, dos son los requisitos de la interpretación auténtica: a) que sea realizada por el mismo órgano que creó la norma que se interpreta o por el órgano que lo sucede y, b) que se haga con otra norma –aclaratoria- de la misma jerarquía de la norma interpretada (Torres, 2011).

Esta interpretación auténtica generalmente es una ley, que puede revestir dos formas: a) una interpretación estricta en la que se interprete una ley mediante la expedición de un precepto en el tiempo posterior, b) una interpretación auténtica, con frecuencia llamada contextual, en base a que dentro de un mismo precepto normativo regulador el legislador se encarga de aclarar las ambigüedades que pudiera existir.

B. Interpretación judicial

La función jurisdiccional ejercida por los jueces, quienes, a través de la sentencia, y el conocimiento de los hechos, aplican el Derecho, luego de interpretarlos, al caso específico sometido a su jurisdicción. Por lo tanto, la interpretación judicial es aquella que realiza los jueces, ejerciendo la función jurisdiccional que particularmente le concierne. Es obligatoria para las partes, puede constituir doctrina jurisprudencial

cuando proviene de la sala plena de la Corte Suprema, o ser reiterada en diversas sentencias, según lo determinen las varias legislaciones, y sirve de pauta de conducta de todos los miembros de la comunidad.

Respecto a la ley penal, BECARIA refiere que la autoridad de interpretar las normas penales no reside en los jueces criminales, por cuanto no son legisladores. El legítimo interprete de la ley es el soberano; el juez solo examina “si tal hombre haya hecho o no una acción que le sea contraria. En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. En la que se pondrá la premisa mayor o la ley; como premisa menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza voluntad quiere hacer más de un silogismo se abre la puerta a la incertidumbre (...) No hay cosa tan peligrosa como la de consultar por el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de opiniones (...) El espíritu de la ley sería la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre (...) un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación.

C. Interpretación Doctrinal

Denominada también científica, aquella realizada por los juristas con propósitos de naturaleza científica, didáctico y práctico, con la intención fundamental de hallar la verdad jurídica. Esta no tiene poder normativo, pero ejerce influjo en la función judicial y legislativa. SAVIGNY sostiene que “La doctrina desenvuelve y completa la unidad del Derecho, dándole una nueva vida orgánica; así, la doctrina se

convierte en elemento constitutivo del Derecho”. Los juristas, como conocedores en el campo del Derecho, ejercen enorme predominio, por cuanto sugieren soluciones a los legisladores, jueces y demás sujetos del Derecho, proponen criterios de reforma del ordenamiento escrito y armonizan su sentido con la realidad social imperante.

2.2.2 La interpretación y sus métodos

El procedimiento de interpretación de las normas involucra dos etapas: la primera relacionada a la selección la determinación de la norma a aplicarse, y la segunda, en la atribución de su significado jurídico.

En la primera etapa de la interpretación, es cuando el intérprete puede encontrar la norma que subsuma el caso, y debe buscar un caso análogo, en otras palabras, busca descubrir un precepto que evidencie casos parecidos y alcanzar con ella la norma a aplicarse en el caso, conocida como la analogía *legis*. En casos de que el presente procedimiento no conlleve a la consecuencia esperada, el exégeta puede lograr la regla que sea aplicable al caso acudiendo, entonces, a los principios generales del derecho, es decir, a aquella del cual deriva el ordenamiento jurídico (analogía *iuris*).

Con el propósito comprender el sentido y trascendencia de las reglas, se debe continuar un procedimiento que prevé el uso otros métodos al que se les denomina criterios, elementos, reglas o estilos, de interpretación, relacionados el uno al otro, los cuales son operaciones técnicas que fijen pautas al intérprete en su trabajo de lograr la verdad jurídica.

2.2.2.1. El método lógico

En el caso que el tipo de interpretación literal no conlleve a resultados esperados se recurre a razonamientos y procedimientos lógicos para buscar el sentido, ya no el sentido que la letra sugiere sino, en el espíritu subyacente de la norma.

Torre, (2011) refiere: el procedimiento de interpretación lógica un enunciado normativo, supone provenir de estos las consecuencias lógicas deductivas que se encuentran fijadas por las reglas de inferencia utilizada en los enunciados normativos tomándolos cual si fueran premisas. Acorde con esto, el intérprete no podrá más que decidir por las consecuencias previstas en el razonamiento lógico deductivo contenido en el precepto, sin que haya la posibilidad de la amplificación de estas. Sin embargo, los procedimientos del intérprete tienen un ámbito mucho más grande que a recurrir únicamente al razonamiento lógico deductivo. La interpretación lógica lleva a la toma de decisiones racionales que derivan del planteamiento de premisas normativas que son parte del ordenamiento jurídico; es decir, los procedimientos de interpretación jurídica son actos por solución que son establecidas en las normas. Los jueces tienen la obligación de solucionar acorde a Derecho, es decir, fundamentar sus sentencias de manera racional concordante otras normas que integran el orden jurídico vigente. La sentencia se avoca a establecer premisas fácticas (premisa menor) y normativas (premisa mayor).

2.2.2.2. Método sistemático

El ordenamiento jurídico es un sistema en donde cada parte se encuentra ordenada y completa que, en teoría, no permite ninguna colisión normativa. Los romanos señalaron ventajas de la elaboración del Derecho a través de variaciones

sistemáticas, frente a la restricción del Derecho a un desarreglado cúmulo de resoluciones de asuntos, acumulados durante el transcurso del tiempo.

En el orden jurídico, cada parte integrante está puesta de una manera que una sirve de apoyo a la otra u otras, las reglas que componen el orden jurídico son fracciones que están interconectadas que se apoyan logrando la coherentes, de manera que unas se clarifican por medio de otras. Cuando se crea una norma jurídica, esta llega a completar la integridad del ordenamiento jurídico, y aquella asigna a la norma una composición, un valor y sentido que tiene que ser conforme a todo sistemático del ordenamiento jurídico. Un precepto normativo solo tendrá sentido en relación a la integridad del ordenamiento. De esta manera, para encontrarle sentido como también alcance de las numerosas mandatos normativos hay que cotejar con las demás que forman el ordenamiento jurídico, sobre todo con aquellas pertenecientes a la misma institución jurídica (Torres, 2011).

Bramont, (1990). Sostiene que: “el elemento sistemático consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer” (p. 153).

2.2.2.3. Método histórico

La norma jurídica es con frecuencia la consecuencia de una larga producción histórica en un momento dado y no surge de la nada, con el fin de satisfacer intereses y necesidades sociales concretas, económicas, sociales, culturales, políticas o de otra índole, que deben ser regulados jurídicamente. La norma surge de acuerdo a ciertas condiciones, aspiraciones sociales y componen una realidad historia que se desarrolla

en el devenir del tiempo, obteniendo en ocasiones una razón superior a la de su creador. El intérprete no solamente debe orientarse a encontrar la voluntad del creador del precepto jurídico, sino en específico la voluntad objetiva, que lo conduzca a hallar la solución justa. De lo expuesto se deduce que la interpretación histórica se fracciona en una investigación acerca del origen histórico del precepto normativo y en una investigación sobre el desarrollo histórico del contenido del precepto normativo.

Pasquier (2000). Sostiene que la interpretación histórica radica en investigar el estado psicológico de los autores a la hora de emitir la norma; las motivaciones que conllevaron a resolver y como se representó la posterior aplicación de los contenidos que elaboran. Así, se evalúan los primeros proyectos de ley y se los compara con el texto concluyente para establecer en qué sentido el poder legislativo preciso su reflexión. Son estudiadas las manifestaciones de razones y los mensajes que da el ejecutivo, las actas e informes de las comisiones de expertos, aquellas de las comisiones de los consejos legislativos, y aquellas discusiones plenarias que antecedieron al patrocinio de la ley.

2.2.2.4. Método sociológico

El derecho se concibe, gesta, nace y desarrolla bajo la coacción de las circunstancias sociales de determinados lugares y momentos. No es un fenómeno aislado sino un acontecer que forma parte de la vida conjuntamente con todos los otros elementos sociales, con las que tienen una constante interacción dinámica. El exegeta del Derecho debe percibir estos fenómenos a fin de adaptar las normas jurídicas en concordancia con el Derecho a los nuevos cambios socio jurídico. Para concordar con las concretas realidades variables a las que debe ser aplicado, excluyendo de los otros

elementos sociales con que el Derecho está integrado, sino que debe desplegar una interpretación social (Torres, 2011).

El juzgador, como arquitecto social, necesita encontrar soluciones consideradas como justas y racionales para los casos problemáticos. Con asistencia del componente tradicional, y dentro del marco normativo que suministran mandatos recibidos como las (normas, principios, conceptos, doctrinas y estándares), el juez realiza el trabajo de intérprete del Derecho - y no como un mero administrador de una voluntad ajena defectuosamente expresada – calculando, en los casos sometidos a su arbitrio, los intereses propios o públicos que los ciudadanos son concretos portadores, con la medida de los intereses sociales que piden la prevalencia y el esmero relativo de unos y otros, o su armonía.

2.2.2.5. Método teleológico

Esta interpretación se orienta a establecer el sentido del precepto normativo que este en conformidad con las soluciones pretendidas por toda regulación jurídica y en disposición a ejecuciones de fines establecidos.

La interpretación teleológica propende la realización de los principios éticos-jurídicos. Estos tienen una disposición distinta en la regulación de cada sector de la situación social, la protección de la confianza, la corrección, la honestidad y la lealtad.

2.2.3 Método de interpretación de la Constitución Política

La ley fundamental es la Constitución Política, que consagra los derechos humanos, que es la parte dogmática y estructura al Estado, que es la parte orgánica, no es una norma jurídica más, sino además un juicio de interpretación del resto del orden

jurídico. Por esa razón, a la interpretación acorde a la Constitución se le llama además interpretación desde la Constitución, es decir, que de entre los potenciales sentidos de una norma debe elegir por aquello que sea más conforme con el contenido de la Constitución. Esta incorpora un sistema de valores que poseen un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, por lo que este debe ser interpretado de acuerdo con tales valores.

2.2.3.1. Teorías sobre la interpretación del derecho

El que interpreta inspecciona la norma jurídica y descubre su sentido y alcance para establecer un sentido que la ajuste a la realidad social, desde una concepción filosófica. Esta concepción consciente o inconsciente, que sobre el mundo posee el intérprete, va a alinear el ejercicio interpretativo y determinar su consecuencia.

2.2.3.2. Teoría legalista o legislativa

Montesquieu (1689) decía que la boca que articula las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden disminuir ni la vigencia ni el rigor de ella. Impedía a los jueces interpretar las leyes penales con el fin de garantizar las libertades ciudadanas.

En el siglo XVIII para el racionalismo jurídico, las leyes suministraban de medios a todas las discusiones del hombre, no requerían interpretación, y debían los jueces aplicarlas automáticamente. Los jueces surgieron como meros ejecutores de la voluntad del soberano, que cuenta con poder absoluto.

Pero, la realidad demostró la ineficacia del intento de eliminar la interpretación. Ante tal caso, los racionalistas jurídicos se trabajaron en buscar métodos que,

aplicando a las leyes, proporcionaran como resultado su auténtica interpretación, este fue el objetivo de la escuela de la exegesis.

2.2.3.3. Teoría exegética

La escuela de la exegesis florece con la codificación napoleónica. Posee su sostén en el iluminismo francés, el imperio de la razón y la fe ciega en el legislador. Para esta escuela, la ley, la labor legislativa, es una expresión del Derecho natural, autoritario e indestructible, y tiene una solución para todos los asuntos de la vida en sociedad. Su postulado esencial es averiguar cuál fue el auténtico propósito del legislador.

La escuela exegética peca de excesiva subjetividad; por lo desconocido que aún es el universo psíquico de los hombres, nadie está en amplitud de poder establecer exactamente cuáles son los propósitos de los demás, más aún cuando existen leyes acerca de las cuales sus autores nada manifestaron. Como dice DU PASQUIER, “a decir verdad, la intención del legislador comporta una parte de ficción, pues el legislador no es un ser único de la cuestión cuya mirada penetrante haya escudriñado todos los repliegues de la cuestión que ha resuelto, es, lo más a menudo, una asamblea compuesta de numerosas personas cuyas intenciones habrán podido ser vagas o divergentes. Sin embargo, toda regla de derecho contiene una orden, expresa una voluntad que, por hipótesis, esta aclarada y forma cuerpo con las otras reglas jurídicas ya en vigor”.

Toda norma de Derecho tiene una manifestación de voluntad del legislador, pero es improbable que aquella voluntad haya podido pronosticar la integridad de los múltiples casos que muestra la vida real que evoluciona cada día y, por lo tanto, los

dificultades que suscitan no logran ser determinados con apoyo en una voluntad pasada que fue referida en otras circunstancias, para otra realidad ya superada. Además, de las expresiones de una misma norma se pueden derivar dos o más significados, sin poder saberse cual fue el querido por el legislador. Por último, surge el problema de establecer ¿Quién es el autor de la ley, no es determinante en la interpretación, porque una vez promulgada, la ley posee su propia vida, su propio progreso, independientemente y muchas veces más allá de lo que aspiraron sus autores. Después que ingresa en vigencia la ley, esta vive libre de la voluntad del legislador, pues ella sirve para regular la conducta humana social y no para satisfacer el deseo del legislador.

2.2.3.4. Teoría de la voluntad de la ley

Esta teoría, que se fundamenta en los principios de la escuela histórica del Derecho (Thibaut, Kohler, Binding), sostiene que toda legislación se aparta de la voluntad del legislador para existir su vida propia en armonía con el medio social y su avance. El intérprete no debe indagar la voluntad propia del legislador, por tanto es imposible determinar cuál ha sido el propósito de esta al establecer la ley, sino que debe inquirir por la voluntad objetiva de la ley, y responder a las nuevas necesidades presentadas.

Se dice de la voluntad de la norma en sentido impropio, ya que es conocido que la ley no alcanza a poseer voluntad, pero es indiscutible que la norma manifieste una voluntad, a una conciencia común, de prescribir la vida de relación social de manera concreta. “la indagación de esa voluntad es la que constituye, en un primer paso, la tarea del intérprete”.

2.2.3.5. La Teoría finalista

Manifiesta Ihering (1818), ninguna norma logra ser adecuadamente comprendida sin el discernimiento de los contextos sociales efectivas de los pueblo y del tiempo en que se dictó. El Derecho es el que vive la gente de manera real; la que se utiliza en las sentencias y las resoluciones judiciales.

Ihering embiste en contra del método silogístico tradicional sustentando que el Derecho no es resultado de un razonamiento deductivo de una idea. Las opiniones no dependen de exigencias lógicas, sino de las necesidades a satisfacer en la vida. Poco importa que, en el plano lógico, el Derecho aparezca como una labor perfectísima sino posee eficacia práctica. El Derecho real no es el abstracto, sino el que se vive de modo real y el que se aplica en las sentencias. Muchas veces, los conceptos abstractos no han fundado el punto de partida para la producción del derecho, sino los escenarios reales que sirven de base para formar los conceptos generales; los conceptos abstractos no son los padres sino los hijos del razonamiento que presido la creación del Derecho.

En el terreno del Derecho todo existe para el fin y en vista del fin. “La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista del dogmatismo del Derecho, como de su historia”.

No hay norma que no deba su origen a un fin preestablecido, esto es, a una motivación práctica. “El Derecho o dice la verdad absoluta; su verdad no es más que relativa, y su medida con arreglo a su fin”.

2.2.3.6. La libre investigación científica

Geny (1861) “sostiene que la interpretación consiste en investigar el pensamiento del legislador. La intención de este revela las circunstancias dominantes

en la época de formulación de la ley y no las existentes en el de la aplicación. Si la ley se interpreta conforme a las circunstancias existentes en el momento de su aplicación, se atentaría contra la seguridad jurídica. Estimo que la interpretación del Código francés había sido creadora y no silogística, como se sostenía en Francia, y que la ley no es tanto un principio lógico sino una manifestación de voluntad, para ser aplicada necesita esclarecer su propósito” (p. 203).

Afirma Geny (1861) que la interpretación gramatical y la lógica se completan inevitablemente. Para revelar la voluntad del legislador, a más de poner en claro los elementos gramaticales y lógicos, hay que ir a los elementos extrínsecos que expliquen el sentido y alcance de la receta del texto. “debe el intérprete representarse con la mayor exactitud posible las relaciones del hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que, determinándolas, ponen de relieve las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y aun técnicas a que el precepto debe dar satisfacción” (*ratio legis*), por las ideas reinantes en la mente de sus autores, sin hablar de influencias menos directas, pero eficacísimas a veces, como, por ejemplo, las legislaciones extranjeras”. La fórmula del texto es suficiente solo cuando no existe contradicción con elementos extraños.

2.2.3.7. Teoría del derecho libre

Hermann Kantorowics (1877-1940), el creador de la escuela del derecho libre, patrocina una tesis, a la vez voluntarista y antilogisista del contenido del Derecho. Se basa en que el juez adopta libremente el principio que argumente la decisión de su voluntad; la lógica forma no puede señalar el límite de lo lícito ni ayudar a buscar la solución justa. No admite Kantorowicz que de unos principios jurídicos se pueden

sacar otros más generales en donde encuentren su fundamento y que por eso constituyen Derecho positivo, para luego descender de dichos principios, de los cuales se desprenden no solo las normas existentes, sino también otras normas imaginarias; los principios son tanto más inservibles cuanto más abstractos; por ello no se puede elaborar Derecho mediante una jurisprudencia de conceptos. Cree que es un problema de voluntad y no de racionalidad el elegir de entre las premisas posibles la que provea soluciones justas.

La ley – dice Kantorowicz -, no es única fuente del Derecho positivo, sino que se debe reconocer a las reglas que surgen de la conciencia jurídica popular. Se concibe por Derecho libre a “las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo, convicciones que real y efectivamente regulan la conducta de esas gentes”. El juez aplica la ley si su tenor es unívoco, pero si la ley no brinda una salida carente de dudas, puede y debe prescindir de la ley y dictar el fallo que el Estado habría dictado en el caso específico. Si no puede formarse esa convicción, se inspira en el Derecho libre, y si el caso es complejo, resuelve discrecionalmente. Esta teoría no ha tenido otros partidarios porque pone a peligrar la seguridad jurídica al no realizar el juez con el mandato de la ley; la libre voluntad del juez no garantiza la justicia.

2.2.3.8. Jurisprudencia sociológica

Esta escuela está encarnada por Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Benjamin R. Cardozo, Roscoe Pound (1870-1964) ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Esta escuela acepta que el Derecho posee una estructura lógica, pero reconoce que es algo más que esa organización: una

herramienta para la realización de la justicia, el bienestar social y los fines humanos dentro de los cambios de la historia.

La justicia y la prosperidad social establecen los métodos adecuados de interpretación de la ley. Los nuevos contextos generan nuevos problemas que hacen necesario instituir unas normas, o desarrollar nuevas interpretaciones de las normas pretéritas; ni lo uno ni lo otro es posible valiéndose apenas de métodos deductivos. Por ser el Derecho una herramienta para la vida social encaminado a la realización de fines humanos, no es posible establecer un apartamiento tajante entre la elaboración de una norma general y su aplicación a casos específicos, pues la actividad judicial advierte siempre una valoración. La interpretación no se funda en una pura deducción silogística, mecánica, matemática, sino en la práctica, en el buen sentido; debe inspirarse en las ideas de justicia y bienestar social, las cuales terminaran el método conveniente de interpretación.

2.2.3.9. Jurisprudencia de interés

La escuela alemana de la jurisprudencia de interés representada por Philipp Heck, Max Ruemelin y Paul Oertmann, plantea que el juez debe orientarse, más que por las palabras del legislador, por las estimaciones o juicios de valor que gobernaron a este para demarcar las varias esferas de intereses protegidos. Las palabras utilizadas son tan solo medios para llegar a los resultados que emanan de los juicios de valoración o estimación realizados por el legislador. La ley está definida por intereses materiales, nacionales, religiosos, éticos, políticos, económicas, etc. El Derecho nace y se establece por la lucha de intereses; el legislador demarca y protege los intereses en lucha. El intérprete, para decidir una cuestión, debe investigar los intereses en

conflicto. El juez no crea Derecho libremente; tan solo ayuda, dentro del orden jurídico, a la realización de los ideales que iluminaron su creación. El trabajo del juez consiste en resolver los problemas de intereses del mismo modo que el legislador, pero la estimación de los intereses cumplida por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual del juez. Sin embargo, como las leyes surgen incompletas y hasta contradictorias cuando se las cotejan con la variedad de problemas que la vida demuestra, corresponde al juez desarrollar los juicios axiológicos en que se inspira la ley, conjugándolos con los intereses de que se trate, ajustando los resultados a las necesidades de la vida. A falta de ley, el juez debe fundar nuevas reglas y censurar las deficientes, respetando siempre el juicio valorativo del legislador.

2.2.3.10. El realismo jurídico

La teoría desarrollada por Karl N. Llewellyn y Jerome Frank, establece que el Derecho no es un sistema constante e inalterable, sino que es mutable y se acomoda a los nuevos contextos. Critica duramente al uso de la lógica tradicional en la carga de hacer justicia y a la sentencia como silogismo. El derecho no es las leyes ni los fallos de los jueces, sino la manera como los jueces se comportan. La naturaleza del juez es un factor decisivo en el fallo. El Derecho se perfecciona por la acción de los jueces, por lo que estos deciden efectivamente o por lo que hacen en cada caso concreto. El temperamento del juez es el factor central del Derecho. El crea a este, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes.

Frank (1949) afirma que el contenido efectivo y real del Derecho es la sentencia dictada sobre una situación. Antes de dictar la sentencia, lo que hay es un Derecho posible, es decir, un supuesto sobre una sentencia futura respecto de los derechos y

deberes referentes a una persona o a un evento. El creer que la sentencia es la aplicación de una norma a determinados hechos, se funda en el supuesto de que hay normas preestablecidas y hechos objetivamente determinables, pero estos supuestos no se ajustan a la realidad, porque ni las normas han sido establecidas con certeza ni los hechos son entidades determinables con seguridad. La elección de la norma aplicable depende de juicios de valoración sobre cuál de los principios tiene jerarquía superior. La lógica corrige apenas las inferencias al mostrar la esencia y las relaciones entre las normas, pero no suministra criterios para la elección entre las varias premisas posibles. Suele ocurrir que el juez a la luz de la prueba y de los alegatos, se forma una convicción sobre lo justo acerca del caso discutido, y después busca los principios o “considerandos” que justifiquen su fallo; articula los resultados de tal modo que los hechos encajen en la calificación jurídica. Frank acepta la presencia de normas generales y su importancia, pero niega que el derecho que es producto de los tribunales consista exclusivamente en colusiones obtenidas de normas generales. Estas no son el único elemento que interviene en la elaboración del derecho efectivo, pues la naturaleza del juez es en realidad el factor central.

2.2.3.11. La teoría pura del derecho

La escuela vienesa fundada por Kelsen (1881-1973) afirma que la interpretación es un procedimiento espiritual que asiste al proceso de elaboración jurídica en su tránsito de un grado superior a un grado inferior. La interpretación de la ley debe responder a la pregunta: ¿Cómo ha de extraerse de la norma general de la ley, en su aplicación a una situación de hecho concreta, la correspondiente norma individual de una sentencia judicial o de un acto administrativo? Existe también una interpretación de la Constitución en cuanto es aplicada al procedimiento legislativo, y,

así mismo, hay interpretación de las normas individuales, sentencias judiciales, ordenes administrativas, negocios jurídicos, etc.

Las normas de rango superior sistematizan el acto por el cual es producida la de jerarquía inferior, pero esa regulación no es tan simple: siempre queda un margen de discrecionalidad, reducido o considerable: aun las normas que llegan al detalle deben dejarle al ejecutor multitud de determinaciones. “si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuando, donde y como realizara la orden de detención, decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto ni puede prever en gran parte el órgano que da la orden”.

Todo acto jurídico que aplica el Derecho, ya sea acto de creación de este o acto de pura ejecución material, no está sino parcialmente determinado por el Derecho; en buena parte, esta indeterminado tanto en el procedimiento como en el contenido; esa indeterminación puede ser intencionada, es decir, deriva de las intenciones del órgano que estatuye la norma superior, o puede ser no intencionado, cuando la norma de grado superior tiene muchas significaciones o cuando el órgano ejecutor de aquella cree que hay discrepancias entre la expresión verbal de la norma y la voluntad de la autoridad que la dicta.

2.2.3.12. Teoría de la lógica razonable

La cuestión esencial de la interpretación, es lo mismo en la práctica que en la teoría. Sin interpretación no podría haber orden jurídico. Los legisladores que algunas veces han prohibido la interpretación de las normas que han emitido o no, sabían lo que estaban diciendo, o probablemente quisieron imponer una aplicación estricta y

severa. Lo primero es un dislate porque sin interpretación no puede hacer observancia ni funcionamiento de ningún ordenamiento jurídico. En cuanto a lo segundo, el legislador tiene poder para dar normas generales, pero la función jurisdiccional y la manera de ejercerla escapa a cualquier función legislativa; cuando el legislador quiere decirle al juez de qué modo ha de interpretar la ley, sus palabras sobre esta materia han de resultar por necesidad ineficaces (Recasens, 1950).

Las normas jurídicas no son proposiciones científicas a las cuales se les pueden aplicar las calificaciones de verdaderas o falsas; ellas son actos de voluntad, instrumentos para producir en la vida social determinados efectos considerados por el legislador como los más justos.

El derecho positivo es una labor circunstancial; se genera provocado por ciertas necesidades imperiosas en una sociedad y época determinadas. Las reglas brotan bajo el apremio de una circunstancia social y están predestinadas a remodelar y constituir dicha circunstancia; deben producir efectos concretos en esa realidad social.

El juez tiene una función creadora en múltiples dimensiones, sin que ello signifique suprimir ni relajar la obediencia escrita que debe al orden jurídico positivo. Pero no se debe olvidar que el orden jurídico positivo no consta solo de leyes sino también de la función jurisdiccional. El juez es una pieza esencial e descartable del orden jurídico positivo; las leyes obran tan solo mediante la interpretación que aquel les dé. Él debe interpretar las leyes en un sentido de justicia razonablemente.

2.2.3.13. Teoría analítica

Una expresión lingüística es un conjunto de ruidos o trazos al que se asigna un significado. Antes que un sentido verdadero, se puede afirmar que cierto significado es más apropiado que otro. Tanto el que habla o escribe como el que escucha o lee, ajusta las definiciones de un léxico determinado. Hay grupos que comparten jergas específicas y otros que conceden significados especiales a las palabras. Lo que el emisor comprendió de cierta manera, puede ser entendido con otro sentido por el receptor y aun en forma distinta por diversos receptores. Esto indica el drama de la interpretación jurídica. La ley es un mensaje que se dirige a una pluralidad de destinatarios de distintos territorios y épocas, y cada institución jurídica tiene naturaleza, caracteres, condiciones y efectos que el jurista debe revelar, enunciar y especificar (Torres, 2011).

Torres (2011) afirma que la tarea interpretativa con apoyo en la teoría del lenguaje ha conducido a identificar diferentes tipos de problemas interpretativos; sintácticos, lógicos y axiológicos. Problemas sintácticos: a) ambigüedad (términos o expresiones con más de un significado), b) vaguedad (todas las expresiones son más o menos vagas), c) erratas (errores voluntarios o involuntarios), d) la carga emotiva del lenguaje que perjudica su significado cognoscitivo. Problemas lógicos; a) inconsistencia (un sistema asigna a un mismo caso dos soluciones incompatibles), b) redundancia (dos o más normas asignan a un mismo caso soluciones coincidentes), c) laguna normativa (ninguna norma del sistema asigna una solución determinada). Contrariedades axiológicos; laguna axiológica, que se da cuando se piensa que la solución emitida por el legislador resulta insensata e injusta, razón por la cual no debe aplicarse el caso, constituyéndose una laguna.

2.2.4 Integración del Derecho

2.2.4.1. Plenitud del ordenamiento jurídico

Consiste en el hecho de que el ordenamiento jurídico tiene una norma para cada caso que se presente; no hay caso que no pueda ser regulado por una norma del sistema.

Por la plenitud del ordenamiento, el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten. El dogma de la plenitud está consagrado en el Código Civil francés, cuyo artículo 4º dice: “El juez que se negué a juzgar, so pretexto del silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. De acuerdo con esto, el juez está obligado a juzgar conforme a una norma del ordenamiento legal, por considerarlo completo (Torres, 2011).

Cuando se considera que el ordenamiento legal no es completo, el juez está obligado a juzgar todos los casos, cuando falta la ley, con base en la equidad, por ejemplo, el Derecho inglés o el Derecho italiano cuyo Código de Procedimiento Civil. Artículo 113º, dice: “al pronunciarse sobre la causa el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según equidad”; o a los principios generales del derecho, el derecho peruano, que en el artículo VIII expresa; “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos debe aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”; o con arreglo a que “el juez debe actuar como legislador, a falta de ley para resolver la controversia”, como es el caso del Derecho suizo (CC, art. 1º).

2.2.4.2. Integración del derecho

Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.

Los métodos de integración del ordenamiento legal son la heterointegración y la auto integración (Carnelutti). Por el primer método se recurre a ordenamientos diversos (por ejemplo, colmar las lagunas de la ley con el Derecho natural no expresado en ella, con el Derecho romano, con el canónico) o recurriendo a fuentes distintas de la ley (la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina).

El método de auto integración se vale de la analogía y de los principios generales del Derecho. Por la analogía o similares; la solución se encuentra en el propio ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas de la ley.

En cuanto a los principios generales, si entendemos por tales solamente a las “normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales”. Esto es, a los principios expresados en la ley, muchas de las normas contenidas en la Constitución, entonces constituyen procedimientos de autointegración, por cuanto las lagunas se llenan con las leyes más generales del ordenamiento legal; pero si además se comprende dentro de los principios generales a aquellos que no han sido expresados en la ley, entonces constituyen procedimientos de heterointegración. El ordenamiento civil peruano se reviere tanto a los principios generales expresados como a los no expresados, pues utiliza la formula “principios generales del Derecho” y no fórmulas como “principios generales del Derecho vigente”, “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

La heterointegración no es propiamente una integración del ordenamiento legislado, sino del ordenamiento jurídico que está compuesto (integrado) por normas legales, consuetudinarias, etc. La integración de la ley se hace recurriendo a la misma ley (autointegración).

Hecha la precisión precedente, podemos resumir diciendo que la interpretación de la ley presupone la existencia de una ley aplicable, pero cuando no hay norma legal aplicable, o sea, hay lagunas en la ley, hay que llenar este vacío a fin de dar una respuesta jurídica al caso no previsto por la ley. Al procedimiento de llenar las lagunas de la ley se le denomina integración del Derecho. La integración no es interpretación de la ley, sino la creación de una ley para el caso concreto, pero no por vía de las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación analógica de las mismas normas cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

2.2.4.3. Las lagunas de la ley

Es una verdad el hecho de que en toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho al cual la ley le confiere efectos jurídicos. El supuesto de hecho y la norma que le confiere efectos son indispensables para que aquellos se produzcan. Sin una ley que le confiera efectos del hecho natural o humano este carece de trascendencia jurídica.

La norma es una declaración que produce sus efectos cuando es aplicada al caso concreto que ella ha previsto.

Es así mismo cierto que no existe legislación alguna en el mundo que haya previsto todos los hechos presentes y futuros, naturales o humanos, que incidan en la

vida de las personas, de su estado, de sus relaciones familiares, de sus relaciones con los bienes; muchos hechos futuros son imprevisibles en el momento en que se da la ley, pues son el producto de la rapidez del crecimiento material, del progreso técnico, científico y humanístico, muchas veces insospechados, de la vertiginosa implantación de nuevas costumbres. A esta falta de previsión o vocación de la legislación se la conoce como lagunas de la ley, (llamadas también imperfecciones de la ley), las mismas que son salvadas recurriendo a la analogía de casos similares o análogos; y si tampoco existe caso análogo regulado, se recurrirá a los principios generales del Derecho legislado vigente. Y si, en fin, la ley así integrada resulta que es insuficiente para resolver el caso concreto, se recurre a las normas subsidiarias.

Los griegos y los romanos advirtieron la existencia de lagunas en la ley y establecieron reglas para llenarlas. Aristóteles dice: “en consecuencia, cuando la ley hablara en general y sucediera algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría legislado”.

Enneccerus distingue hasta cuatro tipos de lagunas: 1) cuando la ley calla en absoluto, o sea, no existe ninguna regulación del caso concreto que debe ser solucionado; 2) cuando hay disposición legal que trata el problema, pero ella remite a consideraciones éticas o sociológicas, como son la buena fe, la equidad, el uso del tráfico, etc. ; cuando existe una norma pero ella resulta inaplicable, por abarcar casos o acarrea consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquello o sospechado estas; y 4) cuando dos leyes se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces. En todos estos casos, según Enneccerus, el juez debe

investigar el Derecho con base en la analogía para encontrar por sí mismo la norma para la decisión, inspirándose en el espíritu de la propia ley, en los principios y en las aspiraciones generales, sobre todo en las valoraciones de los intereses presentes en la ley. La analogía, según el autor citado, no es sino la extensión o aplicación extensiva de los principios extraídos de la ley, a casos cuya divergencia respecto a los decididos en la ley no son esenciales, sino jurídicamente análogos o iguales en esencia.

La existencia de lagunas en el ordenamiento legislado puede deberse a cualquier motivo imputable al legislador (lagunas subjetivas). A su vez, puede ser involuntaria cuando el legislador inadvertidamente no legisla sobre ciertos casos, o voluntarias cuando el legislador deja de regular a propósito materias que por su complejidad no pueden ser reguladas en forma minuciosa. Se producen así mismo por el desarrollo de las relaciones sociales que provocan el envejecimiento de las leyes (lagunas objetivas). O también pueden ser *praeter legem*, cuando las leyes son demasiado particulares que no comprenden todos los casos que puedan concurrir o *intra legem* cuando las leyes por demasiado generales revelan vacíos al interior de sus disposiciones que luego deben ser colmados por el intérprete.

Admitida la existencia de la laguna en el ordenamiento legislado, hay que admitir que sea llenada mediante el procedimiento de la analogía y de los principios generales del Derecho vigente. Si el Derecho legislado así constituido resulta insuficiente, habrá que recurrir a las fuentes subsidiarias: en primer lugar, a los usos y costumbres que constituyen una fuente formal de Derecho de segundo orden, es decir, después de la ley (omisión imperdonable en nuestro Código Civil); y en segundo lugar, por los principios generales del Derecho. De este modo, como sentencio Del Vecchio, no existe conflicto humano que por complicado e imprevisto que sea no pueda tener

una solución definitiva tendiente a lo justo; un Derecho incapaz de resolver por sí mismo ciertos casos, se anula por sí mismo *ipsofacto* por ser inferior a su misión de construir un orden entre los seres que viven en comunidad.

Savigny (1879) proclamo “que la universalidad del Derecho es tan esencial como su unidad y fuerza orgánica, pero pretendió suplir todos los vacíos del derecho escrito mediante la analogía”. (p.231).

2.2.4.4. Concepto de analogía

La analogía es uno de los instrumentos para llenar las lagunas de la ley cuando esta no ha previsto un hecho, pero si ha regulado otro semejante, en los cuales existe identidad de razón.

La analogía según Buscon (1944) es: “el procedimiento lógico que trata de inducir de soluciones particulares el principio intimo que las explica, para buscar enseguida condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las cuales se aplicara por vía de deducción”(p.104). Añade que se deferenca de la interpretación extensiva porque mediante la analogía no se trata de hallar la voluntad misma del legislador sino los principios que se han impuesto a este.

Coviello (1999) sobre el procedimiento por analogía dice: “consiste en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada, con otra que si lo ha sido” (p. 108).

Con los antecedentes expuestos podemos dar la siguiente definición: “La analogía e un procedimiento de integración del Derecho legislado, cuando este no

contempla un caso específico, pero si regula otro semejante, en los que existe identidad de razón y, por consiguiente, idéntica tiene que ser que se les aplique, salvo que se trate de leyes que establecen excepciones o restrinjan derechos, las mismas que no pueden aplicarse por analogía” (Torres, 2011, p.613).

De la presentada conceptualización se desprende que, para la aplicación analógica de una ley, se exige:

1.-Que un hecho específico no este comprendido ni en la letra ni en el espíritu de una norma

2.-Que la ley regule un hecho semejante al omitido.

3.-Que exista identidad en el hecho omitido y en el regulado.

4.-Que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos.

Dice Torres (2011) que la analogía es un procedimiento de integración del Derecho legislado, pero no es el único porque existen otros como la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2.2.4.5. Naturaleza jurídica de la analogía

Es admitido que la analogía es fuente de creación o producción de Derecho, pero no es fuente de conocimiento, no constituye Derecho positivo. Sin embargo, no faltan quienes sostienen que en aquellos ordenamientos en donde en forma expresa se dice que las leyes se aplicaran analógicamente, se le está atribuyendo a esta el valor de fuente supletoria.

En consonancia con el ordenamiento jurídico peruano podemos afirmar que la analogía será fuente creadora en tanto y en cuanto inspire al legislador para que regule hechos que antes no lo estaba, pero en modo alguno constituye fuente de nuestro Derecho positivo privado, menos de nuestro Derecho penal, del cual ha sido proscrita no solamente la analogía (Const., art. 139°, inc. 9°), sino también la interpretación extensiva. El artículo III del título preliminar del Código Penal prescribe: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Bobbio (1990) dice que no existe distinción entre interpretación extensiva y analogía. Esta es interpretación, pero no la que supone reproducir mecánicamente los textos en forma de traducción literal, sino “interpretación en el sentido más genuino de la palabra, puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente; y no va fuera del sistema, sino que permanece dentro de él, contribuyendo a configurar el orden jurídico como un organismo que cree y se desarrolla, pero siempre por fuerza interior y jamás, pro ser imposible, fuera de sí mismo”. No hay distinción entre interpretación extensiva e interpretación analógica.

Cuando un caos específico no está previsto en la ley ni directamente ni por vía de remisión, antes que interpretar hay que buscar o reconstruir la norma, esto es, hay que integrar las normas jurídicas, para lo cual se cuenta con dos instrumentos fundamentales: la analogía y los principios generales del Derecho. Como argumenta Messineo (1840) “la analogía puede llamarse, también, hallazgo integrativo de normas, o desarrollo de normas, puesto que, al recurrir a ellas, se opera, como se acaba de decir, sobre la guía de las normas particulares, que derivan directamente de la

voluntad legislativa”. Primero buscamos la ley o leyes que regulan el contrato a fin; cuando las hayamos encontrado, para aplicarlas hay que interpretarlas.

2.2.4.6. La analogía y su diferencia con la interpretación extensiva

La interpretación consiste en buscar el verdadero sentido y alcance de una regla jurídica a fin de resolver un caso determinado; la interpretación supone la existencia de una ley que prevé el caso que se examina; si este no está comprendido ni en el texto literal ni en el espíritu de la ley, entonces no hay nada que interpretar.

La interpretación es extensiva cuando se amplía el significado de las palabras o las palabras del texto legal, para hacerlas coincidir con la *ratio legis*, es decir, con la voluntad de la ley que no ha sido expresada de manera adecuada, y así, en el presupuesto de la norma, quede comprendido el caso para resolver que antes claramente no lo estaba; en otras palabras, se hace explícito lo que estaba implícito en la norma; en la interpretación falta el texto que considere el caso, pero no falta la voluntad legal.: el caso no aparece en la letra, pero si está en el espíritu de la norma.

En cambio, en la analogía, el caso que se analiza no aparece ni en la letra ni se deduce del espíritu de la ley, o sea, falta no solamente el texto sino también la voluntad legal. La analogía presupone un caso no regulado por la ley, pero que es semejante a otro que si lo está; por consiguiente, si ambos casos, el omitido y el regulado, son afines, es decir, existe entre ellos identidad de la razón, entonces también le corresponde la misma solución jurídica. Si tampoco existe un hecho regulado semejante al omitido, entonces no hay aplicación analógica que hacer y para resolver el asunto habrá que pasar a la fuente que sigue en orden jerárquico a la ley.

La consecuencia de la desigualdad entre interpretación extensiva y analogía es que, mientras la interpretación extensiva es admitida aun para las normas excepcionales y la que restringe derechos, en cuanto mira a establecer solo el verdadero contenido del mandato, en cambio no está permitido que estas mismas normas sean aplicadas analógicamente.

2.2.4.7. Fundamentos de la analogía

Contrariamente a los que fundan la analogía en la voluntad presunta del legislador, hay autores que opinan que la verdadera razón del procedimiento analógico reside en la igualdad jurídica que debe residir en las relaciones sociales (tesis objetiva); hechos afines deben tener soluciones jurídicas semejantes. El fundamento de la analogía, según Coviello (1990) no es la presunción de la voluntad del legislador, sino el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes.

Otros, en cambio, concilian ambos criterios: el de la voluntad presunta del legislador con el de la igualdad de trato jurídico a los casos afines. Así, Salvat manifiesta que ante la inexistencia de la ley expresa aplicable al problema debatido, “se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en el principio que siendo las situaciones iguales, que establecida para una de las hipótesis, debe ser aplicada también a la otra”. Es decir, donde existe la misma razón, debe ser la misma regla de derecho (*ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*).

La identidad de la razón debe darse en ambos supuestos de hecho: el regulado y el semejante. La voluntad presunta del legislador es un concepto demasiado relativo, pues nadie puede saber con certeza en que consiste una voluntad que todavía no ha

sido expresada (declarado) porque al no haber sido exteriorizada pertenece al mundo interno, psíquico, del individuo, y el juez no tiene el don de adivino ni está preparado para hacer indagaciones en el mundo interno de las personas; eso es competencia de otras ciencias que aún no ha alcanzado un grado de desarrollo como para aceptar que las conclusiones a que llegan tengan el rango de universales.

En esencia, la razón de la aplicación de la ley estriba en el principio de la identidad de la razón (*ratio legis*) existente entre el supuesto de hecho contemplado por la ley y el supuesto semejante no regulado al que esta ley puede aplicarse.

2.2.4.8. Clase de analogía

Doctrinariamente se han hecho varias clasificaciones de la analogía, y la más conocida es la que distingue entre analogía *legis* y analogía jurídica. Se atribuye esta distinción a Witker.

Enneccerus (1984) dice que la analogía *legis*, partiendo de una proposición jurídica concreta, desenvuelve su idea fundamental eliminando de ellas todos los factores no esenciales para aplicarla a los casos que encajan en ella, y la analogía *iuris* arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas por vía de inducción, principios más generales para aplicarlos a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley.

Por la analogía de la ley (*legis*), la norma buscada se deduce de otra norma singular, o de un grupo determinado de normas; en cambio, por la analogía de Derecho (*iuris*), la norma buscada se colige del contenido (determinado) del entero sistema legislativo. Una ley que regula correctamente un caso de la vida real, dadas ciertas

condiciones, puede aplicarse a otro caso semejante (analogía legis). Pero también es posible que una regla general que se aplica a determinados casos, se aplique todavía a otros casos (*analogía iuris*).

En síntesis, en la analogía legal la norma para el caso no regulado se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley que regula el caso afín. Mientras que en la analogía jurídica la regla para el caso omitido se deduce del espíritu del ordenamiento jurídico tomando en su conjunto.

2.2.4.9. Límites de la analogía

Estos límites están enunciados en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que prescribe: “artículo IV. La ley que establece excepciones o restringe derechos, no se aplica por analogía”.

Cuando el artículo habla de “ley”, esta debe entenderse en su sentido amplio (material, no formal), o sea, como toda norma emitida por el organismo competente del Estado.

Barandiran (1985), al comentar el artículo IV, manifiesta que la norma que establece excepciones o restringe derechos no consiente una interpretación extensiva ni analógica. “la norma que establece excepciones o restringe derechos es por su naturaleza una que no permite traspasar su indicación precisa y limitativa. Por ejemplo, cuando se establece que una acción es personalísima no debe considerar que ningún otro que no sea el titular pueda ejercitarla; cuando se hace una enumeración precisa no cabe que se acepte causal alguna distinta de las enumeradas. Si no cabe la interpretación extensiva en el supuesto de que ahora se habla, con tanta mayor razón no cabe que la norma respectiva sirva para una interpretación analógica, que consiste

en aplicar a un caso no previsto en la ley, lo que sí está fijado para otro caso, por razón de semejanza, pro razón de que exista la misma *ratio legis*”.

En esta afirmación del autor nacional existen dos errores conceptuales: primero, considera a la aplicación analógica como una forma de interpretación de la ley (error en que incurre un gran sector de la doctrina), pues, como sabemos, donde esta no existe no hay nada que interpretar y por ello recurrimos a la analogía en procura de integrar la norma; y el segundo error, que puede acarrear consecuencias graves en la vida práctica, consiste en afirmar que el artículo IV no consiente ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica de la ley; esto sería cierto si el artículo dijera que las leyes que establecen excepciones o restringen derechos se aplican estrictamente, y de este modo quedaría eliminada tanto la interpretación extensiva como la aplicación analógica; sin embargo, del texto literal del artículo queda establecido que la limitación se refiere apenas a la analogía.

Torres (2011) dice sobre la proscripción de la aplicación analógica de la ley en el Derecho penal. En esta rama del Derecho rige el principio de legalidad a que se refiere la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley previa) como una garantía de libertad y seguridad humanas. Por consiguiente, el silencio de la ley equivale a la inexistencia del delito y la imposibilidad de aplicar una pena. Es más, ante la oscuridad de la ley, el juez penal no puede entrar en interpretaciones extensivas; con mayor razón, menos en aplicaciones analógicas, porque aquí rige también otro principio, *in dubis, reus est absolvendus* (en caso de duda debe absolverse al reo), conocido popularmente como *in dubio pro reo*. Ni mediante la analogía, ni mediante la interpretación extensiva se pueden crear delitos ni establecer penas. Si es verdad que para ser aplicada la ley penal debe ser

interpretada, pero este proceso solo sirve para encontrar el verdadero sentido de la norma, mas no para modificar la enunciación precisa que la ley hace de los delitos y las penas. La regla de que nadie puede ser penado por hechos que con anticipación no han sido tipificados como delitos y de que nadie puede ser castigado con penas que no sean las establecidas de antemano por la ley, elimina toda la posibilidad de la existencia de lagunas no solo en el Derecho, sino también en la ley penal. Si históricamente algunas legislaciones y algunos autores se han pronunciado en favor de la aplicación analógica de la ley penal, eso debe quedar allí, en historia, que no se debe volver a repetir como garantía de libertad y seguridad de las personas, porque lo contrario significa someter las grandes mayorías al arbitrio y capricho de unos cuantos individuos.

2.2.5 Aspectos fundamentales de la argumentación jurídica

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de ver si las decisiones se siguen lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas.

2.2.5.1. Argumentar

Argumentar equivale ciertamente a presentar razones a favor o en contra de una posición que lo llamamos pretensión, empleando una terminología menos formal a la de la lógica, que además tiene la ventaja de adecuarse sin dificultad a los usos corrientes de ese término en los medios judiciales.

La meta propia de la argumentación es, entonces, llegar a un resultado razonable. Esto sugiere la conveniencia de distinguir entre argumentación y retórica. Esta última, tal como puede ser entendida ahora, tiene como finalidad pragmática persuadir al auditorio por cualquier medio, en el interés de lograr su adhesión. En cambio, la argumentación busca lograr la adherencia sobre la base de razones criticadas y aceptables. Claro está que esto no quiere decir que argumentación y retórica sean fácilmente separables en la práctica. El paso de la argumentación y la persuasión como medio característico de la retórica suele ser bastante sutil. Y lo es aún más el paso de la persuasión a la estrategia de convencimiento; y de la estrategia a lo que suele llamarse falacia, un extremo que normalmente, según se acepta, puede obstruir la posibilidad de llegar a un entendimiento fundado en razones.

Es indudable, además, que una buena argumentación requiere de buenas estrategias de persuasión. Por ese hecho, algunas formas de argumentos persuasivos deberían también ser objeto de tratamiento en la teoría de la argumentación legal. Remarquemos, sin embargo, que hay diferencias, y que, de cualquier modo, hay que evitar que el lenguaje jurídico deje de ser un medio de comprensión y se convierta en un medio de encubrimiento, capaz de subyugar a la inteligencia de los actores que confrontan.

2.2.5.2. Estructura argumentativa: el modelo del silogismo en el derecho

En la literatura jurídica tradicional, el razonamiento judicial ha tendido a ser visto como una relación entre premisas y conclusiones, tomando como base el modelo de la lógica formal. Se suele hablar, en concordancia con ello, del “silogismo jurídico”

dando a entender que el razonamiento legal podría adecuarse a una estructura deductiva típica como la que se representa con el siguiente y conocido ejemplo tomado de Atienza:

(PM) Todos los poetas son imbéciles

(Pm) El ministro es un poeta

(Conclusión): el ministro es un imbécil

La conclusión simplemente se sigue de las premisas, lo cual es posible porque sin duda está contenida en ellas. En el caso, salvo que la primera ha de entenderse como una premisa normativa, por ejemplo:

“El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad”;

Y la segunda una premisa fáctica, por ejemplo:

“A es el autor de la muerte de la persona P”.

De donde se seguiría una conclusión como: “A debe ser reprimido con pena privativa de libertad”

En relación con este patrón lógico y la posibilidad de que pueda dar cuenta de los diversos razonamientos que concurren en la argumentación jurídica, se deben tener en cuenta algunas precauciones.

La primera es que, como generalmente se acepta, el silogismo deductivo clásico opera como una relación de categorías, clase –individuo o clase-subclase.

Además, se establece entre proposiciones de carácter descriptivo, susceptible de prueba, en última instancia con los criterios de verdad o falsedad, como sucede con el ejemplo prestado de Atienza. Cada una de las premisas, así como la conclusión, expresan que algo “es”. Por otro lado, la conclusión (“el Ministro es un imbécil”) se sigue necesariamente de las premisas en tanto lo que esta sostiene se halla implicado en la premisa mayor y aquí solo se la está explicitando pro vía de análisis. La conclusión puede evaluarse, luego, de acuerdo con su validez/invalidéz lógica (en este caso diremos que el razonamiento es válido), y en último caso – aceptaremos por ahora – por su verdad o falsedad en correspondencia con situaciones fácticas.

2.2.5.3. La justificación interna

Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rotulo de “silogismo jurídico”. Ahora existe una seria de publicaciones en las que se trata este círculo de problemas aplicando los métodos de la lógica moderna.

2.2.5.4. La justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir; (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas pueden recurrirse a una escala

completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso.

Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como argumentación jurídica.

En particular, existen múltiples relaciones entre estos tres procedimientos de fundamentación. Así, en la fundamentación de las premisas que no tienen un carácter jurídico-positivo ni empírico juegan un papel considerable las reglas del Derecho positivo y los enunciados empíricos. En la fundamentación de una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto tiene especial importancia si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales; por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales. La argumentación puede ser de una importancia decisiva no solo en la interpretación de una norma válida, sino también en el establecimiento de la validez de esa norma. Finalmente, esto vale la interpretación de una regla de la carga de la prueba puede depender que sea lo que se considere como hecho en la fundamentación. Precisamente, estas variadas interrelaciones hacen necesario, si uno no quiere confundirlo todo, distinguir cuidadosamente los tres métodos de fundamentación mencionados. Solo así pueden analizarse sus interconexiones.

En la exposición que sigue se resalta la fundamentación de las premisas que no son ni reglas del Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Cuando en lo que sigue

se hable de justificación externa hay por ello que referirlo a la justificación de estas premisas.

2.2.6 Antecedentes del Habeas Corpus:

El proceso de hábeas corpus es el instrumento procesal cuya excelencia jurídica radica en la protección de la libertad personal.

Exp. N°2663-2003-HC/TC.

El proceso de hábeas corpus como señala Luis Alberto Huerta Guerrero (Libertad Personal y Hábeas Corpus. Lima. Comisión Andina de Juristas, 2003, pág. 47, “es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.). De acuerdo a la Constitución de 1993 (...) procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal”.

Al respecto, en la **Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que "es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

2.1.6.1. Tipología del habeas corpus

a) El hábeas corpus reparador

“Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.”

“En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.”

b) El hábeas corpus restringido

“Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se le limita en menor grado”.

“Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”

c) El hábeas corpus correctivo

“Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.”

“En efecto, en el caso *Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro* (Exp. N.º 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que:”

"Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente"

“Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.”

“Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la

determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.”

d) El hábeas corpus preventivo

“Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.”

“Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.”

“En efecto, en el caso Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas (Exp. N.º 399-96-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó:”

"Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4o de la Ley N.º 25398, se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible".

e) El hábeas corpus traslativo

“Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.”

“César Landa Arroyo, Teoría del Derecho Procesal Constitucional, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 116, refiere que en este caso "se busca proteger la libertad o la condición jurídica del status de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales [...]".

“En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N.º 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:”

"Que, el tercer párrafo del artículo 9o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N.º 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137º del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura".

f) El hábeas corpus instructivo

“Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.”

“En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:”

"Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1."

g) El hábeas corpus innovativo

“Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.”

“Al respecto, Domingo García Beláunde [Constitución y Política, Eddili, Lima 1991, pág. 148], expresa que dicha acción de garantía "debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado". Asimismo, César Landa Arroyo [Tribunal Constitucional, Estado Democrático,

Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193], acota que "... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos".

h) El hábeas corpus conexo

“Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o competido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.”

“Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados -previstos en el artículo 3o de la Constitución- entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.”

“Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un numerus clausus.”

2.1.6.2. Interés Superior del Niño

Interés superior del niño.- (WIKIPEDIA, -.-) Es un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna. Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una

medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

El interés superior del niño/a es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.

- Se trata el derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

- Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

-Y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

Código de los Niños y Adolescentes - Ley N° 27337

Título Preliminar

Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Constitución Política del Perú

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

2.1.6.3. Conversión de los Procesos Constitucionales

EXP. N.º 01126-2011-HC/TC

Proceso de hábeas corpus y reconducción al amparo

“7.- La Constitución ha dispuesto en su artículo 200, inciso 1, que frente a la amenaza o vulneración de la libertad individual y los derechos conexos procede la interposición del hábeas corpus. Por su parte, el inciso 2, dispone que el amparo procede frente a amenazas o vulneraciones a los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción del derecho al acceso a la información y a la autodeterminación informativa, que se tutelan por medio del hábeas data.”

“8.- En el presente caso, la demandante alega que impedir la construcción de una caseta –ubicada dentro del territorio comunal– en un camino para poder controlar el ingreso de personas ajenas a la comunidad, vulnera la “integridad territorial, física y biológica de los pueblos *Shipibos* y *Ese’ejá*.” Así, la demandante se ha referido en el escrito de la demanda a la vulneración de la “integridad del territorio”, y

posteriormente ha hecho referencia al “domicilio territorial” o “domicilio comunal”. No obstante ello este Tribunal entiende que el derecho de propiedad no puede ser equiparado al de domicilio, domicilio territorial o inclusive de domicilio comunal. En tal sentido, puesto que el derecho de propiedad no tiene en este caso una vinculación inmediata o conexas con la libertad individual y de locomoción, debe ser tutelado mediante el proceso de amparo.”

“9.-Así, este Colegiado considera pertinente en el presente caso recordar que ante situaciones en las que se advierta la falta de conexidad con la libertad, no solamente cabe la improcedencia de la demanda o su anulación a fin de que sea tramitada desde un principio como proceso de amparo. Es posible también que el Tribunal Constitucional reconvierta el proceso de hábeas corpus en uno de amparo, a fin de resolver el conflicto constitucional. Al respecto, este Colegiado, en uso de su autonomía procesal, ha previsto reglas para la reconversión de procesos de hábeas corpus a procesos de amparo [STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27]. En tal sentencia se determinan los principios y límites para la conversión de los procesos constitucionales, que a saber son:”

- a) La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia.
- b) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.
- c) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.

d) La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.

e) Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.

f) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

“10.- a) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido. El artículo 44° del Código Procesal Constitucional prevé un plazo de 30 días hábiles para interponer la demanda de amparo contra una resolución judicial. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, dicho plazo concluye 30 días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido [STC 0252-2009-PA/TC, fundamento 13]. Mediante resolución del 1 de julio de 2011 (fojas 45 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), este Tribunal ordenó al Juzgado de Investigación Preparatoria del Módulo Penal CPP-CSJMD/PJ que informe documentadamente sobre la ejecución de lo ordenado en la sentencia emitida en el proceso de hábeas corpus 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 y, asimismo, se remita copia de los cargos de notificación de la resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010, que dispone la ejecución de la sentencia. Mediante oficio N.º 624-2010-0-1JIP-CSJMD-PJ/pcqh (fojas 794 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), el referido juzgado dio respuesta a lo dispuesto por el Tribunal. De acuerdo con el informe que se acompaña al dicho oficio, la sentencia de hábeas corpus cuestionada se ejecutó el 23 de setiembre de 2010 (fojas 796), conforme al “Acta de ejecución de sentencia” obrante en fojas 812. En dicho informe se aprecia también una fotocopia incompleta de la Resolución N.º 11, de fecha 21 de setiembre de 2010 (fojas 814), así como la constancia de notificación de tal resolución firmada por

Lucía Apaza Apaza, demandante en aquel caso (fojas 815). Sin embargo, no se aprecia notificación alguna a la ahora demandante de la resolución de “*cúmplase lo decidido*”, omisión que además ha sido alegada a lo largo del expediente por parte de la actora.”

“En tal sentido, al no acreditarse que la resolución que ordena “*cúmplase lo decidido*” haya sido notificada a la ahora demandante, este Colegiado considera que la demanda ha sido planteada dentro del plazo estipulado en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional, ya que la no notificación genera la continuidad de la vulneración, de acuerdo con la referida STC N.º 0252-2009-PA/TC.”

“b) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.

En el presente caso la misma persona que interpone la demanda, doña Juana Griselda Payaba Cachique, es la emplazada en el proceso de hábeas corpus, cuya sentencia ahora se cuestiona. Por tanto, este Colegiado entiende que en caso de producirse la conversión se estaría observando la regla de legitimidad para obrar activa.”

“c) La conversión en ningún momento podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda. Como se aprecia, no existe mayor modificación respecto los actos cuestionados y las que provocan la lesión al derecho fundamental argumentadas por la demandante y que fueron explicadas en la demanda. Con ello el Tribunal no sustituye la labor de la demandante, sino que encausa, en virtud de su labor profiláctica, las interpretaciones constitucionales.”

“d) Riesgo de irreparabilidad del derecho. En el presente caso el cuestionamiento de la sentencia de hábeas corpus y de la investigación fiscal persiste en que se continúa afectando la propiedad de la Comunidad Nativa Tres Islas. Se aduce que la continua afectación al derecho a la propiedad y a la autonomía de la comunidad

impactaría irremediablemente en la vida y desarrollo de sus miembros. Así, no es solo cuestión de resolver aspecto relativo a la libertad de la demandante, sino de evitar que precisamente esta alegada afectación pueda extenderse hasta hacer inviable el modo de vida que tiene el pueblo indígena asentado en la zona. Frente a este peligro latente de irreparabilidad, es de apreciarse que se cumple también con esta condición.”

“e) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado: El juez constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase. En el presente caso, tanto el procurador del Ministerio Público como el Poder Judicial han tomado conocimiento de la demanda, habiendo incluso informado oralmente a esta sede.”

EXP. N.º 05761-2009-PHC/TC

Principios y fines para la conversión de los procesos constitucionales.

“Reglas para la reconversión de procesos de hábeas corpus a procesos de amparo [STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27]. En tal sentencia se determinan los principios y límites para la conversión de los procesos constitucionales, que a saber son:”

- a) La conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia.
- b) La conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido.

- c) La conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante.
- d) La conversión en ningún caso podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda.
- e) Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho.
- f) La conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

III.METODOLOGIA

3.1. Tipo de investigación

Cualitativa: La investigación cualitativa es una estrategia básica de la investigación social que implica normalmente un examen en profundidad de un número relativamente pequeño de casos. Los casos se examinan de manera exhaustiva con técnicas diseñadas para facilitar la depuración de los conceptos teóricos y categorías empíricas (Ragin, 1994). Es un tipo de investigación que tiene en cuenta el análisis de la información que realiza y el fin que se propone.

Doctrinal, documental o jurídico teórico: Es una investigación que se pregunta, que es el derecho en un área particular. El investigador busca recolectar y luego analiza el corpus del caso legal, junto a una legislación relevante llamado fuente primaria. Es un tipo de investigación que está relacionado al formato de datos con el que se trabaje y los métodos que se requieren para interactuar con el objeto de las investigaciones.

Descriptivo: Mediante este tipo de investigación se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren.

3.2. Método de investigación: jurídico-descriptivo, hermenéutico, diseño de estudio de caso único.

Jurídico-descriptivo: consiste en aplicar “de manera pura” el método analítico a un tema jurídico, es decir, consiste en descomponerlo en tantas partes como sea posible. Esto implica que el tema debe ser muy bien delimitado (v.gr., análisis de los requisitos para contraer matrimonio). El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema.

Hermenéutico: hace referencia a la interpretación del derecho, puede compendiarse con el método exegético, sistemático y sociológico. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico; se caracteriza por el análisis a partir de la vía inductiva. Se aplica en la jurisprudencia, entendida como la doctrina de los jueces, elaborada con base en la solución de casos concretos. En la doctrina, entendida como los estudios técnicos y teorías de los especialistas en las distintas ramas del derecho.

Diseño de estudio de caso único: Proceso de investigación caracterizado por un examen detallado, comprensivo, sistemático y en profundidad (holístico) del caso objeto de estudio y es particularista, descriptivo, hermenéutico e inductivo. El estudio de casos debe abarcar la complejidad de un caso particular. Es el estudio de la particularidad y de la complejidad de un caso singular, para llegar a comprender su actividad en circunstancias importantes (Ramírez, 2016).

3.3. Hipótesis

No se planteó hipótesis porque en la investigación cualitativa no es imperativo plantearse hipótesis: en caso de plantearse es una hipótesis tentativa.

3.4. Sujetos de la investigación

El sujeto quien realiza la investigación: TINEO NAJARRO, Jesús Orlando.

3.5. Escenario de estudio

El escenario de investigación ha sido la ciudad de Huamanga, Ayacucho durante el año 2019.

3.6. Procedimientos de recolección de datos cualitativos:

3.6.1 Técnicas de recolección de datos

Para el recojo de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Bladimiro, R.C.) donde se presentan los parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de la variable. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia forma parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica.

3.6.2 Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.

Se ejecutará siguiendo las siguientes etapas:

3.6.2.1. La primera etapa: exploratoria (analítica).

Será un proceso de aproximación gradual y reflexiva del fenómeno, que será realizado guiado por los objetivos de la investigación, observación y análisis y será el contacto inicial con la recolección de datos (evidencias empíricas).

3.6.2.2. La segunda etapa: más sistematizada.

También, será guiada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, es decir se realizará una conversación entre las teorías (técnicas de integración, argumentación, interpretación) y la evidencia empírica (sentencia del Tribunal Constitucional). Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán anotados en un diario de campo o bitácora.

3.6.2.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático.

Será una actividad sintética y analítica, que será orientada por los objetivos, articulando los datos con la teoría relacionada las técnicas jurídicas.

Para la recolección de los datos se usará una lista de cotejo validado por expertos que estará compuesto de parámetros (técnicas de interpretación, integración y argumentación) extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable.

3.6.3 Procesamiento de datos

La lista de cotejo es un instrumento que será, validado, mediante juicio de expertos en donde se evidenciaran los parámetros, de argumentación, integración e interpretación pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de la variable. Asimismo, para evidenciar la correspondencia con los hallazgos, la sentencia del Tribunal Constitucional, será parte de la presentación de los resultados, denominado dato empírico.

3.7. Consideraciones éticas y de rigor científico

Consideraciones éticas: La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3.

Rigor científico: “La confiabilidad y la validez descansan en la capacidad argumentativa del investigador, quien debe “convencer” acerca de su interpretación al presentar en forma coherente y con claridad su perspectiva y fundamentación teórica, y la metodología empleada en el análisis” (Galeano, 2004, p. 173).

La validez interna se basa en la fundamentación lógica del sistema de categorías construido en la investigación. Por su parte, la validez externa se basa en una relación empírica entre los datos y la realidad, o hecho social, que se analiza (Galeano, 2004).

IV.RESULTADOS Y DISCUSION

4.1. Presentación de resultados

Cuadro 1: Cuadro de Evaluación de Técnicas Jurídicas Aplicadas en la Sentencia N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

Evidencia empírica	Param.	Calif.
<p style="text-align: center;">SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p> <p>En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2019 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez, que se agregan. Se deja constancia que magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.</p> <p>ASUNTO</p> <p>Recurso de agravio constitucional interpuesto por don 011anta Moisés Humala Tasso contra la resolución de fojas 210, de fecha 15 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.</p> <p>ANTECEDENTES</p> <p>Con fecha 10 de julio de 2017, don 011anta Moisés Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus hijas menores de edad de iniciales y N.S.H.H., y la dirige contra Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Señala que el fiscal emplazado ha vulnerado los derechos a la educación y libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional y otros, y, en general, el interés superior del niño en perjuicio de sus hijas.</p> <p>La parte recurrente refiere que el fiscal demandado viene realizando actos ilegales que amenazan y vulneran los referidos derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas. Señala que él y su esposa vienen siendo investigados penalmente (Carpeta Fiscal 69-2015) y que se les ha impuesto la medida de comparecencia restringida. En dicho contexto, alega que mediante Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, el despacho del fiscal emplazado ordenó que se llevara a cabo una diligencia en el centro educativo de sus hijas luego de haber tomado conocimiento de que las dos niñas se encontraban fuera del país con la finalidad de realizar actividades culturales y de estudios en la Universidad de Chicago en Estados Unidos de América. Dicho viaje, a decir del recurrente, fue autorizado por el centro educativo de las beneficiadas.</p> <p>Este accionar de la fiscalía, a juicio del recurrente, no ha tomado en cuenta el interés superior del niño y viola los parámetros y garantías</p>	<p style="text-align: center;">Interpretación</p> <p>1.-Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial).</p>	<p style="text-align: center;">SI</p>

<p>procesales establecidos en la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.</p> <p>El demandante expone que la referida diligencia se llevó a cabo el 3 de julio de 2017 en las instalaciones de la institución educativa Hiram Bingham The British International School of Lima y que, luego de la misma, el fiscal emplazado realizó declaraciones a la prensa negando el acoso y calificando la diligencia como un acto de investigación cuyo propósito era verificar si existía la autorización de las menores para el curso en el extranjero (fojas 7).</p> <p>El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso (fojas 82) y solicitó que la demanda sea declarada improcedente. Refiere que los hechos denunciados no inciden de forma directa sobre la libertad de las beneficiadas, ya que no se han demostrado molestias, obstáculos o perturbaciones a la libertad locomotora de las menores. Asimismo, afirma que mediante el Oficio 770-2017-2°FPCELAAPD-3ERD, de fecha 3 de julio de 2017, se le comunicó a la institución educativa que se apersonarían dos fiscales adjuntos a sus instalaciones a fin de recabar la información pertinente sobre el viaje de las niñas, para lo cual solicitaron que la diligencia sea llevada a cabo con la reserva del caso a fin de no afectar el normal desarrollo de las actividades académicas.</p> <p>De igual forma, señala que debido al carácter de excepcional urgencia (propio de un peligro de fuga), el fiscal encargado de la investigación no podía esperar a que se recabara la información por medios escritos, ya que ello hubiera significado un lapso prolongado de tiempo para cumplir los trámites burocráticos entre la entrega del oficio a las autoridades del colegio, la respuesta por parte de éstas y la remisión de la información al despacho del fiscal (fojas 105). Por último, refiere que fueron los propios procesados (los padres de las niñas) quienes hicieron pública la diligencia que el despacho fiscal practicó (fojas 106).</p> <p>Con fecha 11 de julio de 2017, el Cuadragésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus. A juicio del referido juzgado, la alegada violación cesó dado que la diligencia fiscal cuestionada ya había sido llevada a cabo. Por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia, en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.</p> <p>A su turno, mediante resolución de fecha 15 de agosto de 2017, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.</p> <p>Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el recurrente manifiesta que las instancias previas se han limitado a indicar que ya se habría dañado el derecho invocado y, que al haberse producido dicha afectación con carácter irreparable, habría operado la sustracción de la materia. Sin embargo, advierte que al recibir doble rechazo liminar, los</p>	<p>Determina/No Determina</p>	
	<p>2.- Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (declarativa, restrictiva y extensiva).</p> <p>Determina/No Determina</p>	SI
	<p>Integración</p>	
	<p>1.- Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia del Tribunal Constitucional.</p> <p>Determina/No Determina</p>	NO
	<p>2.- Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la el Tribunal Constitucional (con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley).</p> <p>Determina/No Determina.</p>	NO
	<p>3.- Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional. (Con la finalidad de llenar vacíos o</p>	NO

<p>jueces han omitido pronunciarse sobre la totalidad del petitorio que consiste, entre otros, en que se ordene el cese de actos violatorios por parte del Ministerio Público. De igual forma, refiere que han omitido pronunciarse sobre cuál es el margen de acción del Ministerio Público cuando dispone la realización de diligencias respecto de los hijos menores de los investigados y cual sería, en dicho contexto, el alcance del principio universal referido al interés superior del niño.</p>	<p>lagunas de ley). Determina/No Determina</p>	
<p>FUNDAMENTOS</p>	<p>Argumentación</p>	
<p>Delimitación del petitorio</p> <p>1. Del expediente se desprende que la demanda de autos tiene las siguientes pretensiones:</p> <p>a) Que se declare la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, mediante la cual el fiscal emplazado dispuso que se constituyera personal de su despacho al centro educativo de las menores favorecidas;</p>	<p>1.- Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (premisa mayor y premisa menor) Determina/No Determina.</p>	<p>SI</p>
<p>b) Que se ordene el cese de actos violatorios de los derechos constitucionales de sus menores hijas ejecutados ilegalmente a través de la expedición de resoluciones, providencias, proveídos, visitas, entrevistas, solicitudes de información y toda actividad fiscal referida a sus actividades académicas o de cualquier otro tipo;</p> <p>c) Que se ordene el cese de los actos violatorios de los derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas; y,</p> <p>d) Que se determine la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público.</p>	<p>2.- Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. a) Principio de Unidad de Constitución, b)Concordancia Práctica, c)Corrección Funcional, d)Eficacia Integradora, e)Interpretación conforme a la Constitución. Determina/No Determina</p>	<p>SI</p>
<p>2. Al respecto, se alega que el fiscal emplazado viene realizando actos ilegales que "amenazan" y "vulneran" los siguientes derechos conexos a la libertad individual respecto de las menores favorecidas: a la educación y libertad de enseñanza (artículo 13 de la Constitución), a la intimidad (artículo 2, inciso 7, de la Constitución y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a un adecuado desarrollo mental, moral y social (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la tranquilidad emocional (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a participar en la vida cultural (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, en general, al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).</p>		
<p>3. Posteriormente, con fecha 22 de enero de 2019, la parte demandante informó a este Tribunal sobre presuntas nuevas afectaciones contra los derechos de las beneficiadas por parte del fiscal emplazado. Refiere que, con motivo de haber informado al fiscal demandando sobre la realización de un nuevo viaje de sus hijas fuera del país, éste viene realizando actos y diligencias que, a su juicio, constituyen injerencias arbitrarias en la libertad de tránsito de las beneficiadas quienes, enfatiza, no son las</p>		

investigadas en la Carpeta Fiscal 69-2015. Señala que en todos estos actos posteriores tampoco se han cumplido con las disposiciones pertinentes de la Ley 30466 y su respectivo reglamento.

4. Ahora bien, este Tribunal considera que los alegatos vertidos por la parte demandante, aún cuando podrían involucrar la presunta afectación de diversos derechos (supra fundamento 2), están dirigidos principalmente a cuestionar la ausencia de la consideración del interés superior del niño, en el presente caso, como el principio que debe regir el accionar de toda autoridad pública al momento de tomar decisiones que involucren directa o indirectamente a menores de edad. Por lo tanto, al estar el principio del interés superior del niño investido de una fuerza normativa que lo convierte en el vértice de la interpretación de los derechos de los niños y niñas [Cfr. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 13] se dilucidará la presente controversia a partir del análisis de esta cuestión.

La reconversión del proceso de hábeas corpus a amparo

5. El proceso de hábeas corpus tiene por objeto la tutela del derecho a la libertad individual y derechos conexos. Asimismo, el proceso de hábeas corpus responde a dos características esenciales: brevedad y eficacia. En consecuencia, lo que se pretende a través de este proceso constitucional es la restitución del derecho o cese de la amenaza o violación en el menor tiempo posible, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad individual. Por su parte, el proceso de amparo se configura como un proceso cuya finalidad esencial es la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o de amenazas (ciertas e inminentes) de su trasgresión y que no son objeto de protección mediante los procesos de hábeas data o hábeas corpus. De esa manera, se convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo, abriendo la puerta para una protección formal y material de éstos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con sus funciones.

6. Expuesto lo anterior, en el presente caso este Tribunal advierte que, en esencia, lo que la parte recurrente ataca es que la decisión adoptada por el fiscal emplazado — materializada en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017— no haya considerado el interés superior de las niñas beneficiadas. La diligencia fiscal programada mediante dicha providencia se llevó a cabo el mismo 3 de julio de 2017, mientras que la demanda de hábeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de ese mismo año. Esta circunstancia constituiría razón suficiente para declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional pues el hecho denunciado habría cesado antes de la interposición de la demanda. No obstante, pese a lo discutible que pudiera resultar que el accionante haya interpuesto la demanda de hábeas corpus en lugar de un amparo, resulta imperativo verificar, dada la naturaleza de los hechos expuestos en el caso de autos, si se presentan los presupuestos para reconvertir el presente proceso en uno de amparo y así emitir pronunciamiento de fondo si se ha afectado o no el principio del interés superior del niño en agravio de las beneficiadas.

<p>7. Pues bien, al respecto, algunos de los principios que sustentan la excepcional figura de la reconversión son los de suplencia de queja deficiente o el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. En concreto, se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda y se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que exige al juez constitucional la relativización de las formalidades, presupuestos y requisitos cuando así lo justifique el cumplimiento de los procesos constitucionales.</p> <p>8. En ese sentido, conviene observar que, en principio, más que hacer frente a una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad individual, nos encontramos ante la alegada vulneración del principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Por lo tanto, estamos ante una pretensión que, en puridad, debería abordarse mediante el proceso de amparo, siempre y cuando se cumplan las reglas establecidas por este Tribunal para la reconversión de procesos.</p> <p>9. Conforme este Tribunal Constitucional lo ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC/TC (fundamento 27), la reconversión debe guiarse por las siguientes reglas: i) no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, más sí para los de segunda y última instancia; ii) deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido; iii) deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; iv) en ningún caso se podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; y) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; vi) solo si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados; y, vii) deberá preservar el derecho de defensa del demandado.</p> <p>10. En el caso que se analiza, el proceso se encuentra en sede del Tribunal Constitucional. A su vez, la demanda de hábeas corpus se interpuso el 10 de julio de 2017 cuestionando la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, en la que se dispone la realización de la diligencia fiscal discutida. En el amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer una demanda es de 30 días hábiles (artículo 44 del Código Procesal Constitucional), de modo que la demanda se encuentra dentro del plazo fijado para su interposición.¹ De otro lado, en la medida que el hábeas corpus ha sido interpuesto por el propio accionante, a favor de sus</p>		
--	--	--

¹ El Tribunal Constitucional tiene dicho que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales “(...) está circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa derechos fundamentales, toda vez que a juicio de este Tribunal la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del C.P.Const.” [Cfr. Expediente 3179-2004-AA/TC, fundamento 14]; criterio que, mutatis mutandis, resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público. Véase al respecto, Expediente 00913-2012-PA/TC.

<p>menores hijas, tampoco existe cuestionamiento respecto de su legitimidad para obrar.</p> <p>11. De igual forma, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica del caso. En cuanto a la irreparabilidad del derecho y/o a la urgencia del caso, cabe precisar que la presunta afectación del interés superior de las beneficiadas, quienes son menores de edad, justifica la mayor celeridad y el examen urgente del Tribunal Constitucional pues, como se ha señalado antes en la jurisprudencia de este Colegiado, dicho sector de la población se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad [Cfr. Expediente 02595-2014-PA/TC, fundamento 14]. Finalmente, cabe destacar que el procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso, ejerciendo plenamente su derecho de defensa (fojas 82).</p> <p>12. En el caso concreto, entonces, existen razones suficientes que justifican la reconversión del proceso de hábeas corpus a uno de amparo, pues se han cumplido las condiciones antes señaladas, lo que habilita a este Tribunal a entrar al fondo del asunto para verificar si existe una amenaza o violación del interés superior del niño, niña o adolescente.</p> <p>Cuestión preliminar</p> <p>13. Este Tribunal advierte que en el presente caso se cuestiona concretamente un acto de investigación fiscal que ya tuvo lugar el mismo 3 de julio de 2017. Por lo cual, a la fecha, se entiende que la investigación fiscal dentro de la cual se llevó a cabo dicho acto ha continuado su curso con el desarrollo de actos de investigación posteriores y de diversas diligencias. Incluso, como es de público conocimiento, el fiscal emplazado ya habría dado por concluida la investigación preparatoria seguida contra el demandante y su esposa, habiéndose presentado ya la acusación fiscal en contra de éstos [https://elcomercio.pe/politica/claves-acusacion-fiscalollanta-humala-nadine-heredia-odebrecht-noticia-ecpm-633347].</p> <p>14. En consecuencia, visto el escenario descrito, este Tribunal considera que, en caso declararse fundada la demanda, entendida como una de amparo, no sería posible disponer la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, emitida por el Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Por lo tanto, de ser el caso, correspondería disponer que en el futuro las autoridades que se encuentren ante escenarios que involucren directa o indirectamente el bienestar de menores de edad, tomen en especial consideración el interés superior de éstos.</p> <p>El derecho de las niñas, niños y adolescentes a que su interés superior sea tomado en cuenta en el ámbito fiscal y judicial</p> <p>15. En el caso de autos, este Tribunal advierte que, en esencia, el demandante pone en cuestión que la autoridad fiscal emplazada no haya tomado en consideración el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, al momento de emitir la orden para la realización de la</p>		
---	--	--

toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente.

19 De manera particular, este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente en el marco de la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 03744-2007-PHC/TC se estableció:

"(...) es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)"

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales."

20. Esta obligación de especial atención al interés superior, qué duda cabe, también se hace patente en escenarios en los que el Ministerio Público despliega acciones de investigación y en cuyo contexto pudieran verse afectados directa o indirectamente niños, niñas o adolescentes.

21. De igual forma, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), ha establecido que, además de ser un derecho y un principio, "el interés superior del niño es también una norma de procedimiento". Ello supone que, como norma de

<p>procedimiento, este principio obliga a que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos." (literal c) del párrafo 6).</p> <p>22. Es así que, siguiendo dicha pauta, en nuestro ordenamiento jurídico nacional la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, consagra también que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Particularmente, el artículo 5 de esta norma exige a los organismos públicos en todo nivel fundamentar en sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales su consideración respecto del interés superior del niño, niña y los adolescentes, ya sea que los concierna o afecte de manera directa o indirecta.</p> <p>23. En consecuencia, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, resulta de orden imperativo ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos. Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma de procedimiento, predispone cualquier decisión que adopten las autoridades (e incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad.</p> <p>Análisis del caso concreto</p> <p>24. En el presente caso, la parte demandante refiere que a partir del escrito de autorización de salida del país presentado por doña Antonia Alarcón Cubas (abuela de las favorecidas), el fiscal emplazado tomó conocimiento sobre el viaje de sus hijas. A partir de entonces, según denuncia, el fiscal emplazado promovió una serie de actos que a su juicio resultan violatorios de los derechos de sus menores hijas, ya que en éstos no se tomó en cuenta desde ningún punto de vista su interés superior.</p> <p>25. En dicho escrito, de fecha 27 de junio de 2017, doña Antonia Alarcón Cubas comunica al despacho de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales) que, conforme a la regla de conducta que le fue impuesta y ratificada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, cumplía</p>		
---	--	--

con comunicar que realizaría un viaje a la ciudad de Chicago, Estados Unidos de América programado del 1 al 8 de julio de ese mismo año.

26. Es así que, a propósito de dicho escrito, mediante Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, el fiscal emplazado señaló que, tras haber tomado conocimiento por medios de prensa que doña Antonia Alarcón Cubas no viajó sola, sino que lo hizo con sus nietas (hijas del recurrente), disponía la realización de una diligencia fiscal en el colegio de las niñas a efectos de comprobar si es que existía algún evento académico vinculado con el viaje. En la referida providencia, la autoridad fiscal emplazada expresó los motivos de su decisión en los siguientes términos:

"DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que no ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país. **CONSTITÚYASE** en el día los Fiscales Adjuntos Provinciales Alexander Daniel Taboada Guardían y Trilce Lissete Cruz Barrientos a las instalaciones de la Institución Educativa Hiram Bingham (donde estudian dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si la ausencia de las menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto **OFÍCIÉSE** a la institución educativa en mención, solicitándose además que dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia. **AL PRIMER OTROSÍ. TÉNGASE** presente. **AL SEGUNDO OTROSÍ. TÉNGASE** por nombrado al abogado que menciona."

27. De manera posterior ese mismo día, a horas 10:30 a.m. tal y como consta en el Acta Fiscal (fojas 64), los Fiscales Adjuntos Provinciales de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales), Alexander Daniel Taboada Guardían y Trilce Lissete Cruz Barrientos, acudieron a las instalaciones de la institución educativa de las niñas a efectos de llevar a cabo la diligencia programada. Según el Acta Fiscal que consta en el expediente, éstos se reunieron en el área de la Dirección del Colegio para sostener una entrevista con la directora del plantel. Dicha diligencia se prolongó hasta las 11:00 a.m. y en ella la autoridad a cargo del centro educativo dio cuenta sobre los motivos del viaje de las hijas del demandante y sobre la justificación de las ausencias de ellas a algunas clases como consecuencia de su viaje.

<p>28. La parte demandante señala que todo este accionar por parte del fiscal emplazado ha afectado el interés superior de sus menores hijas, pues les ha causado gran molestia y desagrado a pesar de que ellas no son quienes se encuentran incursas en algún tipo de investigación fiscal. Incluso, sobre esta cuestión particular, el demandante presentó con fecha 14 de agosto de 2018 (Cuadernillo del Tribunal) un informe psicopedagógico por la institución educativa de sus hijas en el que se da cuenta del sentimiento de culpa que sienten las menores por haber escuchado en los medios de comunicación que a sus padres los sometieron a prisión preventiva por culpa del viaje que ellas realizaron.</p> <p>29. Ahora bien, este Tribunal advierte que en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017 (supra fundamento 26), no se hace mención al interés superior de las niñas y no se evalúa el impacto que directa o indirectamente pudiera tener sobre ellas el desarrollo de la diligencia fiscal programada. En efecto, más allá de una breve referencia a la necesidad de llevar a cabo la diligencia en forma reservada, el fiscal emplazado no evalúa si es que el interés superior de las niñas se puede ver o no perjudicado, ni justifica cómo es que no existen otras alternativas a la diligencia presencial de los fiscales adjuntos ni explica por qué, de ser el caso, éstas no serían adecuadas para el propósito de la fiscalía. Sobre el particular, es importante recordar que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que en sus decisiones (procedimentales o sustantivas) las autoridades deben demostrar que efectivamente han considerado el interés superior del niño, niña o adolescente [Cfr. Observación General 14 (2013). CRC/C/GC/14, párrs. 27 a 29].</p> <p>30. Así, a juicio de este Tribunal, aún cuando la referida diligencia se haya llevado a cabo en un ambiente distinto de aquel en el que normalmente se desarrollan las actividades académicas, resultaba imperativo de todas formas que el fiscal emplazado fundamente de manera clara cuales eran las medidas a adoptarse para evitar cualquier tipo de afectación directa o indirecta en las niñas. Es decir, era necesario que se adoptasen todas las medidas del caso para evitar cualquier tipo de afectación a las beneficiadas que pudiera proyectarse incluso después de llevada a cabo la diligencia. Dicho de otro modo, el fiscal emplazado debió valorar otras medidas — como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios, por ejemplo— que, siendo incluso más eficientes para recabar la información de manera más celeridad (que, según la parte emplazada, es lo que se pretendía), no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas. Es decir, el fiscal emplazado, antes de emplear la medida más invasiva — disponiendo que se constituyan dos fiscales al colegio de las niñas— debió buscar la forma de no interferir de ninguna manera en los derechos de las niñas y en su interés superior.</p> <p>31. Aunado a lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el artículo 4 de la Ley 30466 establece, como una de las garantías procesales para la salvaguarda del interés superior del niño, la "evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño". Dicha evaluación, como resulta claro de autos, no fue realizada al emitirse la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, ni tampoco durante el desarrollo de la diligencia misma pues, como refiere</p>	
---	--

la institución educativa en su comunicación del 23 de noviembre de 2018, durante el desarrollo de la diligencia hubo bastante incomodidad y causó gran preocupación la forma en que se solicitó la información sobre las niñas. Dicha actuación resultó ser, por lo tanto, excesiva y desproporcionada de cara a los fines que se perseguía con aquella indagación en el contexto de la investigación fiscal.

32. En dicho contexto, este Tribunal considera oportuno recordar que en el marco de procesos judiciales seguidos contra personas que sean padres o madres de familia, las autoridades deben evitar desplegar medidas que supongan intervenciones innecesarias que incidan de alguna u otra manera en los derechos de sus hijos o hijas menores de edad. De manera que las acciones que las autoridades desplieguen en este tipo de casos no pueden mostrar ni siquiera indirectamente que los hijos o hijas de los investigados o procesados son también partes del proceso cuando en realidad no lo son. Ello expone a los niños, niñas o adolescentes a situaciones que les resulta ajenas y, por ende, afecta gravemente su bienestar.

33. Por lo tanto, en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo.

34. Por otra parte, en cuanto al extremo del petitorio que exige la determinación de la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público, este Tribunal considera que dicho extremo debe ser desestimado dado que evidentemente excede los alcances de en un proceso constitucional de hábeas corpus como el presente.

Efectos de la sentencia

35. En el presente caso se ha acreditado la vulneración del interés superior de las niñas favorecidas, pero, teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos 13 y 14 supra, lo que corresponde es exhortar a las autoridades que, como el fiscal emplazado, puedan verse en escenarios que involucren directa o indirectamente a menores de edad a fin de que en el futuro tomen en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente (tanto en el ámbito fiscal como judicial). Para ello, deberán tener en especial consideración tanto la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, así como su reciente reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 002-2018-MIMP publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de junio de 2018 y lo expresado en la presente sentencia.

36. Lo anterior responde, como es lógico, a que si bien el Ministerio Público es un órgano autónomo en el desempeño de sus funciones, ello no supone que pueda desplegar sus actuaciones al margen de los límites legales y constitucionales existentes. En efecto, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que "al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos

<p>por la Constitución" [Expedientes 02689-2013-PA/TC, fundamento 6; 02920-2012-PHC/TC, fundamento 4, y 02748-2010-PHC/TC, fundamento 3; 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados), fundamento 11]. Pues, si bien hay facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, éstas no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales; antes bien, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos [Cfr. Expedientes 02067-2011-PHC/TC, fundamento 4; 2725-2008-PHC/TC, fundamento 3 y 6204-2006-PHC/TC, fundamento 7].</p> <p>Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,</p> <p style="text-align: center;">HA RESUELTO</p> <p>1. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda, entendida como una de amparo, por haberse acreditado la vulneración del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 13, 14 y 35 de la presente sentencia.</p> <p>2. Declarar IMPROCEDENTE la demanda, entendida como una de amparo, en sus demás extremos.</p> <p>3. EXHORTAR a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, de conformidad con los fundamentos 35 y 36 de la presente sentencia.</p> <p>Publíquese y notifíquese.</p> <p>SS.</p> <p>BLUME FORTINI RAMOS NÚÑEZ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA</p> <p>FERRERO COSTA.</p>		
--	--	--

Fuente: Exp. EXP N° . 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

En relación al parámetro de interpretación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). *La respuesta fue si Determina*

2. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (*declarativa, restrictiva y extensiva*). *La respuesta fue si Determina*

En relación al parámetro de integración los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia del Tribunal Constitucional. *La respuesta fue no Determina*

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (*con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no Determina*

3. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (*Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no Determina*

En relación al parámetro de argumentación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (*premisa mayor y premisa menor*) *La respuesta fue si Determina*

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional a) *Principio de Unidad de Constitución*, b) *Principio de Concordancia Práctica*, c) *Principio de Corrección Funcional*, d) *Principio de Eficacia Integradora*, e) *Principio de Eficacia o efectividad*, f) *Principio de*

*Adaptación, g) Principio de Interpretación conforme a la Constitución. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales). La respuesta fue **si Determina***

4.2. Análisis y discusión de resultados

En relación al parámetro de interpretación, los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). *La respuesta fue si **Determina***

Si cumple, porque el Tribunal Constitucional, realizó la interpretación de la constitución, leyes especiales y la Convención de los derechos del niño y adolescente, por cuanto el problema a resolver en el presente caso implica tener en cuenta cómo se desarrollan las interacciones entre las normas ordinarias y las disposiciones constitucionales, que prevén la protección de derechos fundamentales. Luego, procuro que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma jurídica, luego dedujo sus consecuencias. Es decir, aplicó el Derecho.

2. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (*declarativa, restrictiva y extensiva*). *La respuesta fue si **Determina***

Si determina, porque el Tribunal Constitucional realizó una interpretación declarativa consistente en atribuirle el sentido o el significado a la norma que se aplicó, porque el sentido de la norma coincide cumplidamente con el texto.

En relación al parámetro de integración los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia del Tribunal Constitucional. *La respuesta fue no Determina*

No Determina, porque no se encontró ninguna laguna normativa, la integración procede cuando no hay norma jurídica a interpretar; entonces procede la integración amparándose en el principio de integralidad y plenitud del ordenamiento jurídico.

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (*con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no Determina*

No determina, porque los principios generales del derecho se tienen como referencia cuando existe una verdadera laguna y cuando no procede la integración *legis*.

3. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (*Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no Determina*

No Determina, porque en el presente caso se analizó la vulneración a los derechos fundamentales de las beneficiadas.

En relación al parámetro de argumentación los resultados fueron los siguientes:

1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (*premisa mayor y premisa menor*) *La respuesta fue si Determina.*

Si Determina, porque el Tribunal Constitucional adoptó el método subsuntivo o el silogismo jurídico, donde se planteó una premisa normativa (premisa mayor) y una premisa fáctica (premisa menor), donde la premisa fáctica no fue del género de la premisa normativa, motivo por lo que sólo se declaró fundada en parte.

2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional a) *Principio de Unidad de Constitución*, b) *Principio de Concordancia Práctica*, c) *Principio de Corrección Funcional*, d) *Principio de Eficacia Integradora*, e) *Principio de Eficacia o efectividad*, f) *Principio de Adaptación*, g) *Principio de Interpretación conforme a la Constitución*. Con la finalidad de no vulnerar derechos fundamentales). La respuesta fue **si Determina**.

Si determina, porque al admitir el recurso de agravio constitucional se está sometiendo a control y como consecuencia el Tribunal Constitucional ha cumplido con los principios que inspiran el estado constitucional de Derecho.

V.CONCLUSIONES

1.- En el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, se ha verificado que el Tribunal Constitucional del Perú, se ha enmarcado principalmente, dentro de las técnicas de interpretación, argumentación e integración.

2.- Se ha logrado identificar que las técnicas jurídicas de interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, fueron adecuadamente abordadas por los tribunales, habiendo aplicado para ello los principios de interpretación constitucional.

3.- Se ha verificado, que la técnica jurídica de la argumentación en el Exp. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, ha sido adecuadamente desarrollado, toda vez que se ha abordado cada uno de los fundamentos del petitorio de la demanda, para luego concluir que se ha vulnerado el interés superior de las niñas favorecidas, y a partir de ello exhortar a las autoridades, a fin de que en el futuro tomen en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente, tanto en el ámbito fiscal como judicial.

4.- Respecto a la técnica jurídica de integración en el Exp. 01587-2018-PHC/TC-LIMA, no se pudo evidenciar, porque en el presente caso se analizó la vulneración a los derechos fundamentales de las beneficiadas.

VI.RECOMENDACIONES

1.- Promover espacios de fortalecimiento de capacidades respecto al Principio del Interés Superior del Niño que conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.

2.- Disponer que todos los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.

3.- Es imperativo que se capacite a los operadores de justicia de todas las instancias internalizar los alcances del Principio del Interés Superior del Niño y sopesarlo como fundamento de todos los fallos judiciales en materia de infancia, toda vez que los operadores de justicia tienen la obligación de hacer suya la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional en el sentido de privilegiar sobre cualquier circunstancia el interés superior del niño.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La tesis presentada ha tratado de describir las técnicas jurídicas de integración, interpretación y argumentación en la sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, sobre Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ollanta Moisés Humala Tasso, contra la resolución expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

Especialmente he tratado de usar la sentencia del Tribunal Constitucional como un lente crítico a través del cual examinar el impacto de la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño que conforma el Bloque de Constitucionalidad.

La información brindada en los capítulos previos, ha sido bastante detallada de manera que permitirán a los lectores reconocer algunas instituciones jurídicas indispensables dentro de la gama del derecho.

El propósito de los últimos capítulos, es, entonces, hacer un balance de la aplicación de las técnicas jurídicas al caso estudiado.

De esta manera espero contribuir a llenar algunos vacíos sobre la literatura de la sentencia del Tribunal Constitucional, especialmente a los debates teóricos sobre el tema y su relación con las técnicas jurídicas.

VIII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica-La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación jurídica*. Madrid: Palestra.

Álvarez, G. (2002). *Metodología de la investigación Jurídica*. Santiago de Chile, Chile: Universidad Centra de Chile.

Almanza, F. y Peña, O. (2012). *Manual de Argumentación Jurídica*. Lima: APECC.

Aranzamendi, L. (2010). *Investigación Jurídica (Primera ed.)*. Lima, Perú: Grijley.

Atienza, M. (2015). *Las Razones del Derecho- Teoría de la Argumentación Jurídica (Tercera ed.)*. Lima: Palestra Editores.

Arbulú, J. (2012), La Prueba en el Código Procesal Penal del 2004. Edit. Gaceta Penal.

Bobbio, N. (1989). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Bernales, E. (1996): *La Constitución de 1993 – Análisis Comparado*. Lima, Peru: Adrus.

Chaname, R. (2012). *Diccionario Jurídico Moderno (Octava ed.)*. Lima, Peru: Adrus.

García, M. (2005). *El Control de Constitucionalidad de las Leyes-Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad (Tercera ed.)*. Lima, Perú: Jurista.

García, V. (2007). *Introducción a las ciencias jurídicas. (2da ed.)*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

León, L. (2007). *La Responsabilidad Civil- Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas (Segunda ed.)*. Lima, Peru: Jurista.

Martínez, D. (2010). *Metodología Jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons.

Monroy, G. (1990). *Introducción al derecho. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.*

Nino, S. (2005). *Introducción al Análisis del Derecho (Segunda ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Ramos, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Rosas, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ramírez, R. (2016). *Proyecto de investigación*. Lima, Perú: GLN S.A.

Rubio, M. (2011). *El Sistema Jurídico- Introducción al Derecho (Decima ed.)*. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

Torres, A. (2011). *Introducción al Derecho-Teoría General del Derecho (Cuarta ed.)*. Lima: Idemsa.

Sumarriva, A. (2001) *Atlas de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, Perú: EGACAL

Anexo 1: Cronograma de actividades.

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES														
N°	Actividades	Año 2019												
		Semestre I												
		ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1
01	Elaboración del proyecto	█	█	█										
02	Revisión del proyecto por jurado de investigación			█	█									
03	Aprobación del proyecto por el Jurado de Investigación				█	█								
04	Exposición del proyecto al Jurado de Investigación					█	█							
05	Mejora del marco teórico y metodológico						█	█						
06	Elaboración y validación del instrumento de recolección de datos								█	█				
07	Elaboración del consentimiento informado									█	█			
08	Recolección de datos										█	█		
09	Presentación de resultados											█	█	
10	Análisis e Interpretación de los resultados											█	█	
11	Redacción del informe preliminar												█	█
12	Revisión del informe final de tesis por el Jurado de Investigación													█
13	Aprobación del informe final de la tesis por el Jurado de Investigación													█
14	Presentación de ponencia en jornadas de investigación													█
15	Redacción de artículo científico													█

Anexo 2: Presupuesto.

Presupuesto desembolsable (Estudiante)			
Categoría	Base	% o Número	Total S/.
Suministros			
• Impresiones	0.20	600	120.00
• Fotocopias	0.10	160	160.00
• Empastado	40.00	1	40.00
• Papel bond A4 (500 hojas)	30.00	1000	30.00
• Lapiceros	2.50	2	5.00
• Pasajes	1.00	20	20.00
Servicios			
• Uso de Turnitin	50.00	2	100.00
• Taller de Tesis			4,000.00
Total de presupuesto desembolsable			4,475.00
Presupuesto no desembolsable (Universidad)			
Categoría	Base	% o Número	Total S/.
Servicios			
• Uso de Internet (Laboratorio de Aprendizaje Digital - LAD)	30.00	4	120
• Búsqueda de información en base de datos	35.00	2	70
• Soporte informático (Modulo de Investigación del ERP University - MOIC)	40.00	4	160
• Publicación de artículo en repositorio institucional	50.00	1	50
Sub total			400.00
Recurso humano			
• Asesoría personalizada (5 horas por semana)	00.00	0	0.00
Sub total			252.00
Total presupuesto no desembolsable			652.00
Total (S/.)			5 127.00

Anexo 3: Declaración de compromiso ético

Declaración de compromiso ético

De acuerdo a la presente, Declaración de compromiso ético el autor del presente trabajo de investigación titulado: Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú. Declaro conocer el contenido de las normas del Reglamento de Investigación de la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote y el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI; que exigen veracidad y originalidad de todo trabajo de investigación, respeto a los derechos de autor y la propiedad intelectual.

La investigación que se presenta es de carácter individual, se deriva de la Línea de Investigación, titulada: “Administración de Justicia en el Perú”; en consecuencia, cualquier aproximación con otros trabajos, serán necesariamente con aquellas que pertenecen a la misma línea de investigación, no obstante es inédito, veraz y personalizado, el estudio revela la perspectiva del suscrito respecto del objeto de estudio que fue la Sentencia Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú.

Asimismo, acceder al contenido de la Sentencia del Exp. N° 01587-2018-PHC/TC-LIMA, del Tribunal Constitucional del Perú., permitió conocer los hechos judicializados y la identidad de los operadores de justicia, partes del proceso, etc.; al respecto mi compromiso ético es: no difundir por ningún medio escrito y hablado, ni expresarme en términos agraviantes ni difamatorios; sino, netamente académicos.

Finalmente, el trabajo se elaboró bajo los principios de la buena fe, principio de veracidad, de reserva y respeto a la dignidad humana, lo que declaro y suscribo, caso contrario asumiré la responsabilidad.

Ayacucho, 19 de agosto del 2019.

JESUS ORLANDO TINEO NAJARRO

N° DNI: 28207876

Anexo 4: Sentencia del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC

LIMA

OLLANTA MOISÉS HUMALA
TASSO, EN REPRESENTACIÓN
DE L.H.H. Y N.S.H.H.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2019 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez, que se agregan. Se deja constancia que magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ollanta Moisés Humala Tasso contra la resolución de fojas 210, de fecha 15 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de julio de 2017, don Ollanta Moisés Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus hijas menores de edad de iniciales y N.S.H.H., y la dirige contra Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Señala que el fiscal emplazado ha vulnerado los derechos a la educación y libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional y otros, y, en general, el interés superior del niño en perjuicio de sus hijas.

La parte recurrente refiere que el fiscal demandado viene realizando

actos ilegales que amenazan y vulneran los referidos derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas. Señala que él y su esposa vienen siendo investigados penalmente (Carpeta Fiscal 69-2015) y que se les ha impuesto la medida de comparecencia restringida. En dicho contexto, alega que mediante Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, el despacho del fiscal emplazado ordenó que se llevara a cabo una diligencia en el centro educativo de sus hijas luego de haber tornado conocimiento de que las dos niñas se encontraban fuera del país con la finalidad de realizar actividades culturales y de estudios en la Universidad de Chicago en Estados Unidos de América. Dicho viaje, a decir del recurrente, fue autorizado por el centro educativo de las beneficiadas.

Este accionar de la fiscalía, a juicio del recurrente, no ha tomado en cuenta el interés superior del niño y viola los parámetros y garantías procesales establecidos en la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

El demandante expone que la referida diligencia se llevó a cabo el 3 de julio de 2017 en las instalaciones de la institución educativa Hiram Bingham The British International School of Lima y que, luego de la misma, el fiscal emplazado realizó declaraciones a la prensa negando el acoso y calificando la diligencia como un acto de investigación cuyo propósito era verificar si existía la autorización de las menores para el curso en el extranjero (fojas 7).

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso (fojas 82) y solicitó que la demanda sea declarada improcedente. Refiere que los hechos denunciados no inciden de forma directa sobre la libertad de las beneficiadas, ya que no se han demostrado molestias, obstáculos o perturbaciones a la libertad locomotora de las menores. Asimismo, afirma que mediante el Oficio 770- 2017- 2°FPCELAAPD-3ERD, de fecha 3 de julio de 2017, se le comunicó a la institución educativa que se apersonarían dos fiscales adjuntos a sus instalaciones a fin de recabar la información pertinente sobre el viaje de las niñas, para lo cual solicitaron que la diligencia sea llevada a cabo con la reserva del caso a fin de no afectar el normal desarrollo de las actividades académicas.

De igual forma, señala que debido al carácter de excepcional urgencia (propio de un peligro de fuga), el fiscal encargado de la investigación no podía esperar a que se recabara la información por medios escritos, ya que ello hubiera significado un lapso prolongado de tiempo para cumplir los trámites burocráticos entre la entrega del oficio a las autoridades del colegio, la respuesta por parte de éstas y la remisión de la información al

despacho del fiscal (fojas 105). Por último, refiere que fueron los propios procesados (los padres de las niñas) quienes hicieron pública la diligencia que el despacho fiscal practicó (fojas 106).

Con fecha 11 de julio de 2017, el Cuadragésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus. A juicio del referido juzgado, la alegada violación cesó dado que la diligencia fiscal cuestionada ya había sido llevada a cabo. Por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia, en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

A su turno, mediante resolución de fecha 15 de agosto de 2017, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el recurrente manifiesta que las instancias previas se han limitado a indicar que ya se habría dañado el derecho invocado y, que al haberse producido dicha afectación con carácter irreparable, habría operado la sustracción de la materia. Sin embargo, advierte que al recibir doble rechazo liminar, los jueces han omitido pronunciarse sobre la totalidad del petitorio que consiste, entre otros, en que se ordene el cese de actos violatorios por parte del Ministerio Público. De igual forma, refiere que han omitido pronunciarse sobre cuál es el margen de acción del Ministerio Público cuando dispone la realización de diligencias respecto de los hijos menores de los investigados y cual sería, en dicho contexto, el alcance del principio universal referido al interés superior del niño.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Del expediente se desprende que la demanda de autos tiene las siguientes pretensiones:

- a) Que se declare la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, mediante la cual el fiscal emplazado dispuso que se constituyera personal de su despacho al centro educativo de las menores favorecidas;
- b) Que se ordene el cese de actos violatorios de los derechos constitucionales de sus menores hijas ejecutados ilegalmente a través de la expedición de resoluciones, providencias, proveídos, visitas, entrevistas, solicitudes de información y toda actividad fiscal referida a sus actividades académicas o de cualquier otro tipo;

c) Que se ordene el cese de los actos violatorios de los derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas; y,

d) Que se determine la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público.

2. Al respecto, se alega que el fiscal emplazado viene realizando actos ilegales que "amenazan" y "vulneran" los siguientes derechos conexos a la libertad individual respecto de las menores favorecidas: a la educación y libertad de enseñanza (artículo 13 de la Constitución), a la intimidad (artículo 2, inciso 7, de la Constitución y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a un adecuado desarrollo mental, moral y social (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la tranquilidad emocional (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a participar en la vida cultural (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, en general, al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

3. Posteriormente, con fecha 22 de enero de 2019, la parte demandante informó a este Tribunal sobre presuntas nuevas afectaciones contra los derechos de las beneficiadas por parte del fiscal emplazado. Refiere que, con motivo de haber informado al fiscal demandando sobre la realización de un nuevo viaje de sus hijas fuera del país, éste viene realizando actos y diligencias que, a su juicio, constituyen injerencias arbitrarias en la libertad de tránsito de las beneficiadas quienes, enfatiza, no son las investigadas en la Carpeta Fiscal 69-2015. Señala que en todos estos actos posteriores tampoco se han cumplido con las disposiciones pertinentes de la Ley 30466 y su respectivo reglamento.

4. Ahora bien, este Tribunal considera que los alegatos vertidos por la parte demandante, aún cuando podrían involucrar la presunta afectación de diversos derechos (supra fundamento 2), están dirigidos principalmente a cuestionar la ausencia de la consideración del interés superior del niño, en el presente caso, como el principio que debe regir el accionar de toda autoridad pública al momento de tomar decisiones que involucren directa o indirectamente a menores de edad. Por lo tanto, al estar el principio del interés superior del niño investido de una fuerza normativa que lo convierte en el vértice de la interpretación de los derechos de los niños y niñas [Cfr. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 13] se dilucidará la presente controversia a partir del análisis de esta cuestión.

La reconversión del proceso de hábeas corpus a amparo

5. El proceso de hábeas corpus tiene por objeto la tutela del derecho a la

libertad individual y derechos conexos. Asimismo, el proceso de hábeas corpus responde a dos características esenciales: brevedad y eficacia. En consecuencia, lo que se pretende a través de este proceso constitucional es la restitución del derecho o cese de la amenaza o violación en el menor tiempo posible, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad individual. Por su parte, el proceso de amparo se configura como un proceso cuya finalidad esencial es la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o de amenazas (ciertas e inminentes) de su trasgresión y que no son objeto de protección mediante los procesos de hábeas data o hábeas corpus. De esa manera, se convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo, abriendo la puerta para una protección formal y material de éstos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con sus funciones.

6. Expuesto lo anterior, en el presente caso este Tribunal advierte que, en esencia, lo que la parte recurrente ataca es que la decisión adoptada por el fiscal emplazado — materializada en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017— no haya considerado el interés superior de las niñas beneficiadas. La diligencia fiscal programada mediante dicha providencia se llevó a cabo el mismo 3 de julio de 2017, mientras que la demanda de hábeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de ese mismo año. Esta circunstancia constituiría razón suficiente para declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional pues el hecho denunciado habría cesado antes de la interposición de la demanda. No obstante, pese a lo discutible que pudiera resultar que el accionante haya interpuesto la demanda de hábeas corpus en lugar de un amparo, resulta imperativo verificar, dada la naturaleza de los hechos expuestos en el caso de autos, si se presentan los presupuestos para reconvertir el presente proceso en uno de amparo y así emitir pronunciamiento de fondo si se ha afectado o no el principio del interés superior del niño en agravio de las beneficiadas.

7. Pues bien, al respecto, algunos de los principios que sustentan la excepcional figura de la reconversión son los de suplencia de queja deficiente o el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. En concreto, se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda y se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que exige al juez constitucional la relativización de las formalidades, presupuestos y requisitos cuando así lo justifique el cumplimiento de los procesos constitucionales.

Especial de Fiscales). Por lo tanto, de ser el caso, correspondería disponer que en el futuro las autoridades que se encuentren ante escenarios que involucren directa o indirectamente el bienestar de menores de edad, tomen en especial consideración el interés superior de éstos.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a que su interés superior sea tomado en cuenta en el ámbito fiscal y judicial

15. En el caso de autos, este Tribunal advierte que, en esencia, el demandante pone en cuestión que la autoridad fiscal emplazada no haya tomado en consideración el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, al momento de emitir la orden para la realización de la diligencia fiscal del 3 de julio de 2017. Es decir, se trata de un cuestionamiento dirigido a la forma en la cual se motivó una disposición fiscal. Sobre el particular, como ha expresado ya este Tribunal, la exigencia de la motivación debida resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público [Cfr. Expedientes 01931-2014-PA/TC, fundamento 7; 00070-2014-PA/TC, fundamento 6; 00070-2014-PA/TC, fundamento 3; 02265-2013-PA/TC, fundamento 3, entre otros].

16. Ahora bien, sobre el cuestionamiento concreto en el caso de autos, este Tribunal ha establecido que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)". Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 25278 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante Ley 25302, del 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión del aludido instrumento internacional [Cfr. Expedientes 04058-2012-PA/TC y 02132-2008-PA/TC].

17. La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

"Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

Así, la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño, niña y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4 de la Constitución y a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes [Cfr. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 11].

18. Así también, el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente.

19 De manera particular, este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores

oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente en el marco de la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 03744-2007-PHC/TC se estableció:

"(...) es necesario precisar que, conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)"

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales."

20. Esta obligación de especial atención al interés superior, qué duda cabe, también se hace patente en escenarios en los que el Ministerio Público despliega acciones de investigación y en cuyo contexto pudieran verse afectados directa o indirectamente niños, niñas o adolescentes.

21. De igual forma, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), ha establecido que, además de ser un derecho y un principio, "el interés superior del niño es también una norma de procedimiento". Ello supone que, como norma de procedimiento, este principio obliga a que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación

del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos." (literal c) del párrafo 6).

22. Es así que, siguiendo dicha pauta, en nuestro ordenamiento jurídico nacional la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, consagra también que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Particularmente, el artículo 5 de esta norma exige a los organismos públicos en todo nivel fundamentar en sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales su consideración respecto del interés superior del niño, niña y los adolescentes, ya sea que los concierna o afecte de manera directa o indirecta.

23. En consecuencia, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, resulta de orden imperativo ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos. Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma de procedimiento, predispone cualquier decisión que adopten las autoridades (e incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad.

Análisis del caso concreto

24. En el presente caso, la parte demandante refiere que a partir del escrito de autorización de salida del país presentado por doña Antonia Alarcón Cubas (abuela de las favorecidas), el fiscal emplazado tomó conocimiento sobre el viaje de sus hijas. A partir de entonces, según denuncia, el fiscal emplazado promovió una serie de actos que a su juicio resultan violatorios de los derechos de sus menores hijas, ya que en éstos no se tomó en cuenta

desde ningún punto de vista su interés superior.

25. En dicho escrito, de fecha 27 de junio de 2017, doña Antonia Alarcón Cubas comunica al despacho de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales) que, conforme a la regla de conducta que le fue impuesta y ratificada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, cumplía con comunicar que realizaría un viaje a la ciudad de Chicago, Estados Unidos de América programado del 1 al 8 de julio de ese mismo año.

26. Es así que, a propósito de dicho escrito, mediante Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, el fiscal emplazado señaló que, tras haber tomado conocimiento por medios de prensa que doña Antonia Alarcón Cubas no viajó sola, sino que lo hizo con sus nietas (hijas del recurrente), disponía la realización de una diligencia fiscal en el colegio de las niñas a efectos de comprobar si es que existía algún evento académico vinculado con el viaje. En la referida providencia, la autoridad fiscal emplazada expresó los motivos de su decisión en los siguientes términos:

"DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que no ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país. **CONSTITÚYASE** en el día los Fiscales Adjuntos Provinciales Alexander Daniel Taboada Guardían y Trilce Lisete Cruz Barrientos a las instalaciones de la Institución Educativa Hiram Bingham (donde estudian dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si la ausencia de las menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto OFÍCIESE a la institución educativa en mención, solicitándose además que dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia. **AL PRIMER OTROSÍ. TÉNGASE** presente. **AL SEGUNDO OTROSÍ. TÉNGASE** por nombrado al abogado que menciona."

27. De manera posterior ese mismo día, a horas 10:30 a.m. tal y como

consta en el Acta Fiscal (fojas 64), los Fiscales Adjuntos Provinciales de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales), Alexander Daniel Taboada Guardían y Trilce Lissete Cruz Barrientos, acudieron a las instalaciones de la institución educativa de las niñas a efectos de llevar a cabo la diligencia programada. Según el Acta Fiscal que consta en el expediente, éstos se reunieron en el área de la Dirección del Colegio para sostener una entrevista con la directora del plantel. Dicha diligencia se prolongó hasta las 11:00 a.m. y en ella la autoridad a cargo del centro educativo dio cuenta sobre los motivos del viaje de las hijas del demandante y sobre la justificación de las ausencias de ellas a algunas clases como consecuencia de su viaje.

28. La parte demandante señala que todo este accionar por parte del fiscal emplazado ha afectado el interés superior de sus menores hijas, pues les ha causado gran molestia y desagrado a pesar de que ellas no son quienes se encuentran incurso en algún tipo de investigación fiscal. Incluso, sobre esta cuestión particular, el demandante presentó con fecha 14 de agosto de 2018 (Cuadernillo del Tribunal) un informe psicopedagógico por la institución educativa de sus hijas en el que se da cuenta del sentimiento de culpa que sienten las menores por haber escuchado en los medios de comunicación que a sus padres los sometieron a prisión preventiva por culpa del viaje que ellas realizaron.

29. Ahora bien, este Tribunal advierte que en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017 (*supra* fundamento 26), no se hace mención al interés superior de las niñas y no se evalúa el impacto que directa o indirectamente pudiera tener sobre ellas el desarrollo de la diligencia fiscal programada. En efecto, más allá de una breve referencia a la necesidad de llevar a cabo la diligencia en forma reservada, el fiscal emplazado no evalúa si es que el interés superior de las niñas se puede ver o no perjudicado, ni justifica cómo es que no existen otras alternativas a la diligencia presencial de los fiscales adjuntos ni explica por qué, de ser el caso, éstas no serían adecuadas para el propósito de la fiscalía. Sobre el particular, es importante recordar que el Comité de los Derechos del Niño ha

expresado que en sus decisiones (procedimentales o sustantivas) las autoridades deben demostrar que efectivamente han considerado el interés superior del niño, niña o adolescente [*Cfr.* Observación General 14 (2013). CRC/C/GC/14, párrs. 27 a 29].

30. Así, a juicio de este Tribunal, aún cuando la referida diligencia se haya llevado a cabo en un ambiente distinto de aquel en el que normalmente se desarrollan las actividades académicas, resultaba imperativo de todas formas que el fiscal emplazado fundamente de manera clara cuales eran las medidas a adoptarse para evitar cualquier tipo de afectación directa o indirecta en las niñas. Es decir, era necesario que se adoptasen todas las medidas del caso para evitar cualquier tipo de afectación a las beneficiadas que pudiera proyectarse incluso después de llevada a cabo la diligencia. Dicho de otro modo, el fiscal emplazado debió valorar otras medidas —como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios, por ejemplo— que, siendo incluso más eficientes para recabar la información de manera más celeridad (que, según la parte emplazada, es lo que se pretendía), no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas. Es decir, el fiscal emplazado, antes de emplear la medida más invasiva — disponiendo que se constituyan dos fiscales al colegio de las niñas— debió buscar la forma de no interferir de ninguna manera en los derechos de las niñas y en su interés superior.

31. Aunado a lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el artículo 4 de la Ley 30466 establece, como una de las garantías procesales para la salvaguarda del interés superior del niño, la "evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño". Dicha evaluación, como resulta claro de autos, no fue realizada al emitirse la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, ni tampoco durante el desarrollo de la diligencia misma pues, como refiere

la institución educativa en su comunicación del 23 de noviembre de 2018, durante el desarrollo de la diligencia hubo bastante incomodidad y causó gran preocupación la forma en que se solicitó la información sobre las niñas. Dicha actuación resultó ser, por lo tanto, excesiva y desproporcionada de cara a los fines que se perseguía con aquella indagación en el contexto de la investigación fiscal.

32. En dicho contexto, este Tribunal considera oportuno recordar que en el marco de procesos judiciales seguidos contra personas que sean padres o madres de familia, las autoridades deben evitar desplegar medidas que supongan intervenciones innecesarias que incidan de alguna u otra manera en los derechos de sus hijos o hijas menores de edad. De manera que las acciones que las autoridades desplieguen en este tipo de casos no pueden mostrar ni siquiera indirectamente que los hijos o hijas de los investigados o procesados son también partes del proceso cuando en realidad no lo son. Ello expone a los niños, niñas o adolescentes a situaciones que les resulta ajenas y, por ende, afecta gravemente su bienestar.

33. Por lo tanto, en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo.

34. Por otra parte, en cuanto al extremo del petitorio que exige la determinación de la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público, este Tribunal considera que dicho extremo debe ser desestimado dado que evidentemente excede los alcances de en un proceso constitucional de hábeas corpus como el presente.

Efectos de la sentencia

35. En el presente caso se ha acreditado la vulneración del interés superior de las niñas favorecidas, pero, teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos 13 y 14 *supra*, lo que corresponde es exhortar a las autoridades que, como el fiscal emplazado, puedan verse en escenarios que involucren directa o indirectamente a menores de edad a fin de que en el futuro tomen en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente (tanto en el ámbito fiscal como judicial). Para ello, deberán tener en especial consideración tanto la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, así como su reciente reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 002-2018-MIMP publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de junio de 2018 y lo expresado en la presente sentencia.

36. Lo anterior responde, como es lógico, a que si bien el Ministerio Público es un órgano autónomo en el desempeño de sus funciones, ello no supone que pueda desplegar sus actuaciones al margen de los límites legales y constitucionales existentes. En efecto, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que "al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución" [Expedientes 02689-2013-PA/TC, fundamento 6; 02920-2012-PHC/TC, fundamento 4, y 02748-2010-PHC/TC, fundamento 3; 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados), fundamento 11]. Pues, si

bien hay facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, éstas no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales; antes bien, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos [Cfr. Expedientes 02067-2011-PHC/TC, fundamento 4; 2725-2008-PHC/TC, fundamento 3 y 6204-2006-PHC/TC, fundamento 7].

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, entendida como una de amparo, por haberse acreditado la vulneración del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 13, 14 y 35 de la presente sentencia.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, entendida como una de amparo, en sus demás extremos.

3. EXHORTAR a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, de conformidad con los fundamentos 35 y 36 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

Anexo 6: Lista de cotejo

Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de los parámetros
	Interpretación	
	1.-Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). Si determina/No determina	Si/No
	2.- Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (declarativa, restrictiva y extensiva). Si determina/No determina	Si/No
	Integración	
	1.- Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de casación (Antinomias). Si determina/No determina.	Si/No
	2.- Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley). Si cumple/No cumple.	Si/No
	3.- Determina la existencia de la analogía en la sentencia emitida por la Corte Suprema (Con la finalidad de llenar vacíos o lagunas de ley). Si determina/No determina	Si/No
	Argumentación	
	1.- Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse (premisa mayor y premisa menor) Si determina/No determina	Si/No
	2.- Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. a) Principio de Unidad de Constitución, b)Concordancia Práctica, c)Corrección Funcional, d)Eficacia Integradora, e)Interpretación conforme a la Constitución. Si determina/No determina	Si/No