UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO

Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIENEN RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES REFERENTE A LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL PROVENIENTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 3065-2010 EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA- LIMA, 2016.

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL.

AUTOR:

MARIO JESUS CACERES NUÑEZ

ASESORA:

Dra. WILMA YECELA LIVIA ROBALINO

LIMA – PERÚ

2016

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. María Teresa Meléndez Lázaro

Presidente

Mgtr. Fernando Valderrama Laguna

Secretario

Mgtr. Rosmery Marielena Orellana Vicuña

Miembro

AGRADECIMIENTO

A Dios:

Por darme la fuerza y constancia necesarias
para dar un paso más en mi realización profesional

A mis compañeros de estudio:

Por brindarme su apoyo en diversos instantes de mi vida profesional.

Mario Jesús Cáceres Núñez

DEDICATORIA

A mi Madre:

Por su esfuerzo, amor y cariño

brindado en todas las etapas de mi vida.

A mi Esposa:

Por su apoyo incondicional.

Mario Jesús Cáceres Núñez

RESUMEN

La tesis tuvocomo objetivo general, determinar las Técnicas de Interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho de transacción extrajudicial, provenientes de la sentencia Casatoria N° 3065-2010 emitida por la corte suprema, de la Corte Suprema de Justicia de Lima-Lima. 2016. La investigación fue de tipo cuantitativo cualitativo; nivel exploratorio descriptivo y diseño no experimental; retrospectivo, y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación, y el análisis de contenido, y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos.La Línea de Investigación reveló dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de sentencia casatoria pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras, que el segundo, propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia casatoria debidamente motivada.

Palabras clave: interpretación, transacción, extrajudicial, motivación, casación.

ABSTRACT

The thesis objective of this research was to determine interpretation techniques involved regarding incompatibility of constitutional and legal norms relating to the right of settlement, from the judgment Casatoria No. 3065-2010 issued by the Supreme Court Court of justice of the Republic Lima –Lima. 2016. The research was kind, quantitative and qualitative; descriptive exploratory level; and non-experimental design; retrospective, and transversal. Data collection was performed, a selected file by convenience sampling, using the techniques of observation, and content analysis checklist and validated by expert judgment.The line of research revealed two purposes, one immediate and the other mediate; the first, will be satisfied with the judgment casatoria analysis concluded belonging to individual processes, determined in each study the art of interpretation to the incompatibility of constitutional and legal provisions; while the second purpose is to contribute to the supreme organs issue a duly reasoned judgment casatoria.

Keywords: interpretation, transaction, extrajudicial, motivation, appeal

CONTENIDO

Pág.

Carátula i
Hoja de firma de Jurado evaluador ii
Agradecimiento iii
Dedicatoria iv
Resumen v
Abstract vi
Contenido vii
I. INTRODUCCIÓN 1
II. MARCO TEÓRICO 7
2.1 Bases Teóricas 7
2.1.1 Papel del Juez en el Estado de Derecho 7
2.1.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho 7
2.1.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho 7
2.1.2 La Teoría de la Argumentación Jurídica 8
2.1.2.1. Necesidad de Justificación en el Derecho 8
2.1.2.2. Argumentación que estudia la TAJ 9
2.1.2.3. Teorías de la Argumentación Jurídica 9
2.1.2.4. La utilidad de la TAJ 11
2.1.2.5. Los argumentos de integración jurídica 11
2.1.2.5.1. Definición de integración jurídica 11
2.1.2.5.2. Argumentos de integración jurídica 12
2.1.3 Problemas Interpretativos de la Actividad Judicial 18
2.1.3.1. Definiciones de Interpretación 18
2.1.3.2. Carácter discrecional de Interpretación 19
2.1.3.3. Teoría Objetiva y Subjetiva de la Interpretación 19
2.1.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa 20
2.1.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal. 21
2.1.3.6. La Interpretación y sus métodos 23
2.1.3.7. La prohibición de analogía in malam partem 24
2.1.3.7.1. Definición 24

2.1.3.7.2. Función 25
2.1.3.7.3. Clases 25
2.1.3.7.4. Requisitos. 26
2.1.3.7.5. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico 28
2.1.3.7.6. La analogía en el Derecho Civil 29
2.1.3.8. Problemas Interpretativos 30
2.1.3.8.1. Problemas del contexto lingüístico 30
2.1.3.8.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional 31
2.1.3.9. Casos fáciles y casos difíciles 36
2.1.4. Cuestión de Principios 39
2.1.4.1. Distinción entre reglas y principios y principios como normas abiertas 39
2.1.4.2. Reglas y Principios como razones para la acción 43
2.1.5. Particularidades de la Interpretación Constitucional 44
2.1.5.1. Límites de la jurisdicción constitucional 44
2.1.5.2. Doctrinas de la interpretación constitucional 46
2.1.5.3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas 48
2.1.5.4. Juicio de ponderación 49
2.1.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación 49
2.1.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad) 51
2.1.5.4.3. Ponderación y subsunción. 52
2.1.5.4.4. Control Difuso e Interpretación Constitucional 52
2.1.6. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales 54
2.1.6.1. Definición de Derecho Fundamentales 54
2.1.6.2. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho 55
2.1.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho 56
2.1.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial 58
2.1.6.4.1. Dificultades epistemológicas 58
2.1.6.4.2. Dificultades lógicas 62
2.1.6.5. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio 64
2.1.6.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio 65
2.1.7. Antinomias 66

2.1.7.1. Definiciones 66
2.1.7.2. Antinomias en los razonamientos judiciales 66
2.1.7.3. Las Antinomias como incompatibilidad normativa 66
2.1.7.4. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas 67
2.1.7.5. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas 74
2.1.7.6. Verificación de conflictos normativos (antinomias e interpretaciones) 76
2.1.7.7. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias 80
2.1.8. El derecho a la debida motivación 84
2.1.8.1. Importancia de la debida motivación 84
2.1.8.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces 84
2.1.9. La estructura de la sentencia casatoria 88
2.1.9.1. Etimología 88
2.1.9.2. La determinación de los hechos 88
2.1.9.3. La interpretación de los hechos 89
2.1.9.4. La subsunción 90
2.1.9.5. Motivación de la sentencia 91
2.1.9.6. Fines de la motivación 92
2.1.9.7. La clasificación de los fundamentos de la sentencia 93
2.1.10. El razonamiento judicial 94
2.1.10.1. El silogismo 95
2.1.10.2. La importancia del razonamiento jurídico 95
2.1.10.3. El control de la logicidad 96
2.1.11. Las normas legales 97
2.1.11.1. Normas 97
2.1.11.2. Clasificación de las normas 98
2.1.11.3. Normas de derecho objetivo 99
2.1.11.4. Normas procesales 100
2.1.12. Las causales sustantivas 100
2.1.12.1. La aplicación indebida 101
2.1.12.2. La interpretación errónea 102
2.1.12.3. La inaplicación 103

2.1.13. Las causales adjetivas 104
2.1.13.1. El debido proceso 104
2.1.13.2 Elementos del debido proceso 105
2.1.13.3. Las excepciones. 108
2.2. Marco Conceptual 109
2.3 Hipótesis 111
III. METODOLOGÍA 112
3.1 El tipo y nivel de la investigación 112
3.2 Diseño de la investigación 113
3.3 El universo, la población y la muestra 113
3.4 Definición operalización de las variables e indicadores 114
3.5 Técnicas e instrumentos 114
3.6 Objeto de estudio 115
3.7 Fuente de recolección de datos 115
3.8 Procedimiento de recolección y plan de análisis de datos 115
3.8.1 La primera etapa: abierta y exploratoria 115
3.8.2 La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos .. 115
3.8.3La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático 115
3.9 Consideraciones éticas 116
3.10 Rigor científico 116
3.11 Diseño de matriz de investigación 118
IV. RESULTADOS 120
4.1 Resultados 120
4.2 Análisis de los Resultados 120
V. CONCLUSIONES 120
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 122
ANEXO 1: Compromiso Ético 125
ANEXO 2: Sentencia Casatoria de la Corte Suprema 126

I. INTRODUCCIÓN

La formulación de la tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Promoción y Difusión de la Investigación (RPDI) – Versión 005 (ULADECH, 2014), y la ejecución de la línea de investigación (LI) existente en cada Escuela de Posgrado. Por esta razón, el referente del informe de investigación, es la línea de investigación, que en la Escuela de Posgrado de Derecho se denomina "Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes a Derechos Fundamentales e Instituciones del Derecho provenientes de las sentencias por los Órganos Supremos del Poder Judicial 2015" (ULADECH, 2015), cuya base documental son expedientes judiciales pertenecientes a todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial peruano.

Como puede observarse el título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de sentencia casatoria pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras, que el segundo, propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia casatoria debidamente motivada, por tal motivo del propio RPDI se desprende el meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la presente línea de investigación; que estará a cargo de la Escuela de Posgrado de Derecho, proveniente de los resultados de las investigaciones individuales alcanzados por los estudiantes de maestría, teniendo a cargo a los docentes investigadores de las asignaturas de tesis.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia casatoria N° 3065-2010, emitida por las Corte Suprema de Justicia de la

Republica declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por C.A.V.H.P. y N.S.P.P.H. mediante escrito de fecha siete de junio de dos mil doce; en consecuencia, **NO CASAR** el auto de vista contenido en la Resolución N° veintidós su fecha veintisiete de abril del dos ml diez, obrante a fojas seiscientos treinta y dos a seiscientos cuarenta, expedido por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; y los devolvieron; en los seguidos por R.F.E.A. y R.M.V.G. de E. con C.C. del P. S.A, A.J.P.,S C.S.A y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios. Interviene como ponente el Señor Juez supremo C.S.

Debido a la transformación de Estado legal de Derecho en estado Constitucional del Derecho, se produce el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución viniendo hacer actualmente el Estado Constitucional de Derecho la perfección del Ordenamiento Jurídico basado en la dignidad de la persona humana y en la defensa de los Derechos Fundamentales.

Por ello se comparte lo expuesto por Bidart (citado por Pérez, 2013) "Todo Estado tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un Derecho que lo ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Ese Derecho es el derecho Constitucional, es la Constitución del Estado".

Por lo que la Constitución no solo es norma jurídica suprema formal y estática, material y dinámica, sino también es norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del Derecho y es norma de unidad a la cual se integran. De allí que exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la

aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución).

Puesto que en todo Estado Constitucional de Derecho o democrático de Derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos de propiedad y del ocupante precario, significa que el Juez Ordinario (poder judicial) deben resolver los conflictos teniendo en cuenta la interpretación que más garantía brinde derechos, o mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad y el derecho; y que en caso de darse colisión entre derechos el Juez cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa a la subsunción del caso a la norma jurídica.

Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; el Juez ordinario a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho; sin embargo en los jueces o magistrados no es así, puesto que ellos encuentran la comprensión del texto normativo, lo cual permite que sean creadores del Derecho, evidenciándose de esta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia casatoria es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

En base a ello, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales, relacionados al derecho de propiedad y ocupante precario, a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación.

En el caso concreto se formuló el siguiente enunciado

¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 3065-2010 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, del Distrito judicial de Lima-Lima. 2016?

Para resolver esta interrogante se ha planteado un objetivo general:

Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes a la transacción Extrajudicial, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 3065-2010, emitida por la Corte Suprema, de Justicia del Distrito judicial de Lima-Lima. 2016.

Para alcanzar el objetivo general, se planteó los siguientes objetivos específicos:

1. Determinarla selección de normas constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas.

2. Determinar la fiabilidad de normas constitucionales y legales, empleando el razonamiento judicial.

3. Determinar la valoración conjunta de las normas constitucionales y legales, empleando la sana crítica y las máximas de las experiencias.

4. Determinar la interpretación del derecho como argumentación jurídica, empleando las técnicas de interpretación.

El presente informe de investigación surge de la problemática en la realidad social peruana, la incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes a la transacciones Extrajudiciales; en donde se evidencia que las sentencias casatorias que emiten las Cortes Supremas, sentencias que carecen de utilización de las técnicas de interpretación, en las cuales se reflejan la falta de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. En ese sentido, es importante el estudio correspondiente a las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

Motivo por el cual, los más beneficiados con la presente investigación son los justiciables puesto que al concientizar y sensibilizar a los Magistrados respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales, se tratará de evidenciar una sentencia casatoria motivada, que emita una decisión empleando un razonamiento judicial, argumentación jurídica y una adecuada interpretación de normas, los cuales evidenciarán la satisfacción de los ciudadanos.

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que toda sentencia casatoria deben contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales.

Finalmente, la investigación contiene un valor metodológico, el que se evidenciará a través del procedimiento de recolección de datos, por medio del expediente judicial, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual hará posible analizar la calidad de la sentencia emitidas por nuestros Jueces y de esta forma resolver las interrogantes establecidas en nuestro enunciado.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Bases Teóricas

2.1.1. Papel del juez en el estado de derecho.

2.1.1.1. El poder judicial en el estado legislativo de derecho.

Al respecto, Weber (citado por Gascón & García, 2003) sostiene que:

El Estado de derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de estado ser "de derecho". Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece – dice Weber- "no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer". (p. 15-16).

2.1.1.2. El poder judicial en el estado constitucional de derecho.

Al respecto, Weber (citado por Gascón & García, 2003) sostiene:

El estado constitucional son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos limites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador sino a una autentica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad "cuantificada" (el poder constituyente) es la norma "más alta",

por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez (p. 21).

Al respecto, Frioravanti (citado por Gascón & García, 2003) sostiene:

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo americano, que a diferencia del europeo, que no supero el "imperio de la ley" y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples carta políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución (p. 22).

El Estado constitucional de derecho es la orientación del estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la constitución. El reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentemente las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia (p. 23).

2.1.2. La Teoría de la argumentación jurídica.

2.1.2.1. Necesidad de justificación en el derecho.

Gascón & García (2003) indican:

La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho. Es

natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo argumentan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica (pp. 43-44).

2.1.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento.

En segundo lugar; la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. La TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ (pp. 52-53).

2.1.2.3. Teorías de la argumentación jurídica.

Según Gascón & García (2003):

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones. En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no

práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, son *discursos* distintos, *lenguajes* distintos, que operan en *niveles* distintos. La TAJ describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser la práctica del Derecho; pero, en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los jurista) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario.

La TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto a fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.

b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como se ha anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.

c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían acudir (pp. 47-48).

2.1.2.4. La utilidad de la TAJ.

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto como teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión prácticas algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí solo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica (p. 54).

2.1.2.5. Los argumentos de integración jurídica.

2.1.2.5.1. Definición de integración jurídica.

Rubio Correa (2012) sostiene:

La integración jurídica es un capítulo de la teoría general del derecho dentro del cual se crean normas jurídicas antes inexistentes, mediante la aplicación del derecho.

La inmensa mayoría de normas jurídicas en nuestro sistema jurídico es establecida por el Estado. La legislación la dictan muy diversos órganos con tal atribución. La jurisprudencia es dictada por los jueces y administradores en el ejercicio de sus competencias. En el caso de la integración jurídica, la creación de las

normas ocurre dentro del procedimiento de razonamiento de quien aplica determinada normas jurídicas (p. 134).

2.1.2.5.2. Argumentos de integración jurídica.

a. El argumento a pari

Siguiendo al mismo autor:

El argumento *a pari* sostiene que "donde hay la misma razón, hay el mismo derecho". Su último fundamento es la equidad en el tratamiento jurídico de las personas y sus situaciones, lo que, a su vez, se funda en la igualdad ante la ley: si en una determinada circunstancia el derecho establece una consecuencia, en otra sustantivamente similar pero que no tiene norma jurídica aplicable, es procedente aplicar la misma consecuencia. Si no se hace tal cosa se estará tratando desigualmente a los que son sustantivamente similares o a las personas en circunstancias que también son semejantes para ellas (pp. 134-135).

Un ejemplo jurisprudencial de argumento *a pari* es el siguiente:

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j del artículo 89, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, al procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe el levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j del artículo 89 del Reglamento (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para preguntar la prerrogativa funcional

que se supone el derecho a un antejuicio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en la medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa "interrogativa".

Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia interrogativa del ordenamiento, también denominada sentencia "*rima obbligata*" (de rima obligada) (Crisagulli, V. La sentenze "interpretative" della Corte constitucionale. En: Riv. Trim. Dir e proc civ., 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para probar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que se debe darse al inciso k del artículo 89 del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación d la referida Comisión." (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 1º de diciembre de 2003 en el Exp. 0006-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucional interpuesta por 65 Congresista de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

En consecuencia, este argumento sostiene que donde hay la misma razón, hay el mismo derecho, razón por la cual se funda en la equidad, la que, a su vez, se basa en la igualdad ante la ley; funciona cuando hay una sustantiva similitud entre dos

situaciones de hecho, la que puede aparecer tanto por las características de ambas como por su finalidad. Por lo que debe aplicarse restrictivamente y con rigurosidad metódica. Existen excepciones expresas a su aplicación en el artículo 139 inciso 9 de la Constitución y en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil (p. 140).

b. El argumento ab minoris ad maius

Este argumento sostiene que quien no puede lo menos, tampoco puede lo más; es decir, que se refiere a la autorización para realizar determinadas actividades o tomar decisiones con validez en el derecho y supone que si no se tiene un poder jurídico para hacer algo o tomar una decisión, menos aún se tendrá un poder para tales fines de mayor alcance, peso o dimensión.

Además, este fundamento tiene una doble negación y funciona sobre la regla de la desequiparidad de poder dentro de dos términos análogos. Si alguien no tiene poder para esto, menos poder tendrá aquello que es de mayor significación. Hay que aplicarlo restrictivamente y sujeto a su metodología (Rubio Correa, 2012).

c. El argumento ab maioris ad minus.

Este argumento establece que quien puede lo más, puede lo menos; es un argumento de desequiparidad de poder: teniendo la mayor atribución puede tenerse la menor. Es un argumento de excepción y debe utilizarse restrictivamente, de acuerdo con una metodología segura (p. 145).

d. El argumento a fortiori.

Se llama así, a aquel argumento que establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, a que otro tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión, también puede, o debe, hacerlo. Es un argumento de desquiparidad, porque el segundo sujeto tiene mayores aptitudes

para realizar la acción o tomar la decisión. Es decir, establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, aquel otro que tiene mayores cualidades para realizar para realizar tal acto o tomar tal decisión también puede, o debe, hacerlo; para aplicarlo correctamente hay que utilizar la norma en su forma de supuesto-consecuencia cuando la tiene, expresa el mandato en términos de sujeto-verbo-complemento y fijarse en que los verbos sean siempre utilizados en voz activa para no perder la vista al sujeto que actúa. Por lo que debe ser utilizado restrictivamente y con un método que asegure su correcta aplicación (p. 149).

e. El argumento a contrario.

El argumento *a contrario* en invertir el significado de una norma que no sea una doble negación. La forma de hacerlo consiste en introducir dos negaciones en el contenido lógico de la norma existente.

Para utilizar correctamente al argumento es importante utilizar las normas bajo forma de su expresión lógica (proposición implicativa con supuesto y consecuencia si se trata de una de estas normas), usar el verbo en voz activa para identificar correctamente al sujeto y expresarse bajo la forma sujeto-verbo-complemento.

Cuando una norma en doble negación es convertida a afirmación no se está utilizando el argumento *a contrario* sino el método literal.

Como todos los argumentos de la integración jurídica, este debe ser utilizado en vía de excepción y siguiendo una metodología adecuada para evitar las numerosas equivocaciones que se producen con su uso (Rubio Correa, 2012, pp. 161-162).

f. Exigencias de Nuevos Cánones de Argumentación.

Dicha exigencia representa uno de los requerimientos de mayor significado constitucional para los jueces del Estado Constitucional, donde existe la necesidad de asumir un enfoque argumentativo de mayor contenido axiológico, en el sentido que la interpretación de los derechos fundamentales representa una labor sujeta a estándares más complejos en comparación a la argumentación que se presenta en sede ordinaria.

Cabe señalar lo expresado por Figueroa (2014), al respecto:

Si el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas, pues los conflictos normativos han de ser resueltos desde la óptica de las normas-regla en su calidad de mandatos definitivos, por ello se menciona a Kelsen, el cual advertía como fundamento interpretativo, que es necesario sostener reglas claras que generen resultados claros, no contaminados por factores extraños a la decisión judicial, sin embargo con el transcurrir del tiempo se fue evidenciando el problema o conflicto relacionado a evidenciar signos de insuficiencia por parte de las reglas existentes, que no permiten resolver los conflictos íntegramente.

Sin embargo si bien los principios generales del derecho acudían a pretender llenar los vacíos de las normas, no resultaba forma de justificación suficiente, en tanto frente a colisiones de principios presentaban contenidos axiológicos, que las reglas no podían en su conjunto resolver. Y que sumado a ello los intérpretes exigían una solución de carácter integral frente a las controversias producidas, respecto de las cuales las reglas presentaban un comportamiento de insuficiencia.

Razón de ello surge la exigencia de nuevos cánones de argumentación en los contextos descritos, en el sentido que a partir de los espacios interpretativos, que comienzan a permitir los principios como mandatos de optimización, y sobre todo, a

partir de la concepción tutelar de los derechos fundamentales como normas-principio que deben cumplir una función integradora respecto de los vacíos que las normas-regla no se encuentran en la condición de satisfacer. Por lo que con los mandatos de optimización comienzan a identificar, entonces aproximaciones a acciones de hacer o no hacer pero bajo una forma aplicativa, es decir; identificando el mejor escenario posible para la realización de un derecho fundamental" (pp. 66-67).

Empero, cabe señalar que, la optimización no tiene un contenido definitivo en forma similar al juicio jurídico que representa una norma-regla, pues el mandato de moralidad del derecho fundamental implicará un hacer o no hacer que se acerque de modo más próximo al contenido del derecho fundamental invocado; es decir su aplicación al caso concreto procurará representar la forma más adecuada de tutelar el derecho concernido.

g. La Ponderación de Intereses – Exigencia a los Jueces Constitucionales.

Figueroa (2014), manifiesta: Se presentan exigencias a los jueces constitucionales frente a los métodos tradicionales para resolver los conflictos normativos, en cuanto si una controversia no presenta un nivel de dilucidación bajo la concurrencia de las normas-regla, es tarea imperativa del juez, de un modo u otro, resolver el caso sometido a su conocimiento. Por lo tanto el Juez constitucional no se podría excusar del conocimiento de la Litis y menos aún de brindar una solución, pues no solo no puede dejar impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, sino que es su obligación proveer una determinada solución a la controversia presentada, por lo que deberá implementar sus estándares de motivación entre los cuales se puede advertir, sin en absoluto agotar las opciones, pudiendo la controversia ser resuelta desde la perspectiva de los principios de interpretación constitucional o bien

construyendo argumentos desde la opción de proveer una nueva regla, si se trata de una sentencia interpretativa que permita el significado de la norma sujeta a controversia (p. 69).

2.1.3. Problemas interpretativos de la actividad judicial.

2.1.3.1. Definiciones de interpretación.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Interpretar es para el derecho: "comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido". La interpretación no supone una valoración subjetiva del juez, sino una comprensión de las pautas valorativas fijadas en la ley que tienen una naturaleza eminentemente objetiva. La interpretación jurídica reviste particularidades y cuenta con problemas distintos según el sistema jurídico a los que se refiera y al tipo de normas que se pretenda interpreta. Aquí ejerce también una influencia decisiva las clases de lenguaje legal existentes (pp. 11-13).

2.1.3.2. Carácter discrecional de interpretación.

Se entiende que los criterios de interpretación son las pautas que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas, por ello conviene tener presente que toda norma jurídica, y en especial aquellas que presentan una estructura de principio, se pueden presentar como criterios interpretativos (en concreto, las normas superiores a aquella que se interpreta) estableciéndose algunos límites a la discrecionalidad, en el sentido de reconocer ciertos núcleos de certeza o límites de los significados posibles, aludiendo a la tradición histórica, a un orden de valores o a la idea de justicia, para los intérpretes (jueces ordinarios).

Lo que conlleva a sostener el cierto grado de discrecionalidad por parte de los jueces ordinarios al momento de la respectiva interpretación de las normas al caso en concreto, siendo objetivos, 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 TC sino también por nuestros jueces ordinarios lo que, conlleva a ser menos cuestionables utilizando y aplicando los contenidos de un correcto razonamiento judicial.

2.1.3.3. Teoría objetiva y subjetiva de la interpretación.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Dentro de la teoría tradicional de la interpretación se levanta una larga polémica respecto a si se debe dar preferencia a la voluntad de la ley [mens legislatio] o se debe reparar a favor del sentido objetivo del texto. En algunos casos se considera que esta polémica no podrá ser jamás solucionada en forma definitiva, debiéndose tomar decisiones de acuerdo a los tiempos, además de recordar que dicha discusión encierra cierto bizantinismo.

A favor de la teoría subjetiva se apunta la necesidad de valorar la finalidad que tuvo el legislador histórico cuando expidió el precepto, que siempre cumple con una misión de regular una circunstancia histórica o resolver un conflicto social. Toda ley y su respectiva interpretación debe respetar el propósito y la finalidad que tuvo el legislador para decretar la vigencia de una disposición. Se habla aquí de un argumento fundado en los motivos. La ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para los hombres y es una voluntad que busca lograr un orden justo. Detrás de ella hay valoraciones, empeños y sobretodo un propósito regulador. Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la

intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión (p. 32).

Sin embargo actualmente existe una mayoritaria posición doctrinal que coincide en dotar de un lugar preferencial a la teoría objetiva de la interpretación en base a las profundas limitaciones que se imputan a la teoría subjetiva (p. 33).

La teoría objetiva permite considerar al derecho como parte integrante de la cultura, interpretándolo de tal manera que pueda cumplir con las tareas sociales, económicas y éticas de nuestro tiempo. (…) Como apunta Soler: "no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a ley, para que esta efectivamente lo diga". Las intenciones del legislador suelen ser muy estrechas y reducidas respecto a la amplitud del precepto y del lenguaje que se utiliza, por lo que mediante los postulados de la teoría subjetiva se estaría obligando al intérprete de manera implícita a reducir la amplia cobertura del precepto, sometiéndolo a los fines del legislador. Asimismo, respetar su sola voluntad implicaría concebir la interpretación como dependiente de los factores coyunturales que suelen ocurrir cuando se expide una ley, embalsamando e inmovilizando su sentido para siempre (pp. 36-37).

2.1.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Vinculada a la problemática de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación se encuentra la larga, y a nuestro criterio la polémica, respecto a los resultados de la interpretación según se administre tradicionalmente, puede ser: declarativa, restrictiva o extensiva, y que se reúne bajo la rotulación genérica de interpretación correctora. Dicha posición parte, del principio de la experiencia que la

ley dice en ocasiones más de lo que quiso decir o, a la inversa, dice, menos de lo que se pretendió. La Interpretación extensiva abriría el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos o comprendidos en su tenor literal y la restrictiva para limitar su aplicación a supuestos determinados sin que se abarque todo su sentido literal (p. 42).

A. Interpretación restrictiva.

La interpretación restrictiva aparece, según se sostiene, por la necesidad de limitar el amplio tenor legal. La ley dice más de lo que quiere decir. La interpretación extensiva surge cuando las palabras de la ley se deben extender en base a su estrecho y limitado tenor, apoyándose en el argumento a fortiori y el argumento analógico (p. 42).

B. Interpretación extensiva.

Adquiere algún significado cuando sirve para precisar la relación de las normas jurídicas con la libertad civil o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Muchas veces una interpretación restrictiva o de limitación del alcance de un precepto favorecerá la expansión de las cuotas de libertad, mientras que su interpretación amplia [extensiva] determinará una reducción de las cuotas de libertad (pp. 42-43).

2.1.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal.

Al respecto de Gaceta Jurídica (2004) sostiene que 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 (pp. 47-48).

Siguiendo al mismo autor:

A. Interpretación auténtica.

Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva [negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeños (pp. 48)

La interpretación auténtica por lo general es una ley. (…)

Puede revestir dos formas: a) una interpretación propia p estricta en la que se interprete una ley mediante la expedición e una norma posterior, b) una interpretación auténtica impropia, llamada usualmente contextual, en base a que dentro de un mismo cuerpo normativo –y sin recurrir a un norma posterior- el legislador se encarga de definir o aclarar un significado de un término o una frase. (p. 49).

B. Interpretación judicial.

A diferencia de la interpretación auténtica, no tiene una eficacia general de obligatorio cumplimiento, sino que es vinculante solo para el caso concreto. La interpretación judicial no es solo aplicación del derecho a un caso concreto, sino que presupone una interpretación de la norma o del derecho. (…) Está sujeta a control según la jerarquía y competencias de los órganos jurisdiccionales: un Juez o Tribunal

Superior puede enmendar u ordenar corregir [la defectuosa] interpretación de la ley realiza por dichas autoridades por tal recaudo (p. 52).

C. Interpretación Doctrinal.

Es la realizada por los científicos del derecho, cuya dirección apunta a determinar el sentido de la ley, vinculándola a otros preceptos del ordenamiento jurídico, construyendo así un sistema lógico-sistemático capaz de darle una correcta ubicación y una coherencia necesaria. Esta interpretación no tiene la obligatoriedad de la interpretación auténtica o judicial, pero cumple la función de desarrollar el Derecho imprimiéndole una lógica y coherencia interna necesaria, dotándole para ello de una sólida nacionalidad y una base científica amplia. Tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria (pp. 54-55).

2.1.3.6. La Interpretación y sus métodos.

Al respecto, Gaceta Jurídica (2004) sostiene:

Los métodos de interpretación son los procedimientos que se emplean para comprender el sentido de las normas jurídicas.; de tal manera que para determinar el sentido de un texto legal puede acudirse a más de un método de interpretación, el cual puede ser histórico, gramatical, sistemático o teológico. Los criterios de interpretación no se excluyen entre sí, ya que pueden aplicarse simultáneamente, siendo recompensable la coordinación y ponderación entre los mismos. Normalmente basta que se articulen dos métodos, teológico y gramatical [sentido literal posible],- para que la operación hermenéutica se entienda como satisfactoria, razonable y a plausible (pp. 56-57).

No debe despreciarse un método de interpretación sobre el otro; muy por el contrario ha de buscarse que en la comprensión de un texto –en la medida de lo

posible- todos concurran dando coherencias interna y una base más amplia a la interpretación. Sin embargo, cuando su empleo en conjunto no pueda garantizar una sola conclusión hermenéutica debe preferirse el resultado que más se acomode al sentido teleológico de la norma, respetando siempre el sentido literal posible de la formulación normativa, abandonando las soluciones injustas o las que contradigan el sentido de la ley. La función de los métodos de la interpretación es establecer límites al ámbito discrecional y a la libertad del operador jurídico y, en especial, al juez en su tarea de administrar justicia (p. 59).

2.1.3.7. La prohibición de analogía in malam partem.

2.1.3.7.1. Definición.

García Maynez (citado por Gaceta Jurídica, 2004) indica:

Analogía es una palabra que deriva del griego *ana logon* cuyo significado literal es *semejanza, proporción*. La analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos (o más) hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia.

Según una conocida opinión la analogía "es el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hechos similares, a otro supuesto de hecho (B), no regulado en la ley, similar a aquel. Asimismo, se apunta que la analogía significa que la comprobación de una igualdad normativa entre dos casos que no son completamente iguales, pero que lo son en grado suficiente para que el régimen jurídico de uno deba ser igualmente al del otro"(p. 97).

2.1.3.7.2. Función.

La analogía constituye un método de auto integración del Derecho, el cual se emplea pata colmar lagunas jurídicas y se contrapone al método de heterointegración. Sin la existencia de lagunas en el Derecho no puede plantearse ningún método o procedimiento de integración. Mientras los procedimientos de auto integración más importantes son la analogía y los principios generales del derecho; la heterointegración se produce en virtud de la apelación a ordenamientos diversos o apelando a fuentes distintas a la dominante (p. 98).

2.1.3.7.3. Clases.

A. La analogía legis.

Llamada correctamente también analogía particular, parte de una proposición jurídica particular o de una norma concreta, la cual se aplica a un caso no previsto por ella y que es semejante a los supuestos que regula. Esta de analogía va de lo particular a lo particular y representa su modalidad *par excellence*. La norma particular puede ser el artículo de una ley, una ley compuesta por un conjunto de artículos que solo contemplados en su conjunto forman una unidad. Lo importante es no confundir una disposición particular con un artículo de ella o una norma jurídica con el sentido estricto de ley o con parte de la misma (un artículo). Norma jurídico no es sinónimo de ley ni de artículo legislativo, pues tiene un alcance mucho más amplio. A veces una norma jurídica se obtiene del sentido de varios artículos o de una o dos leyes (pp 103-104).

B. La analogía iuris.

Por su lado, la analogía iuris parte de una pluralidad de normas jurídicas individuales y extrae de ella principios más generales que forman un *instituto*

jurídico y los aplica a casos que no caen bajo ninguna de las mencionadas disposiciones. Algunos autores estiman que esta forma de analogía apela a una parte o a todo el sistema jurídico, y su procedimiento no difiere de la forma de obtención de los llamados principios generales del Derecho. Sin embargo, este último criterio representa un abuso del concepto de analogía y pasa por altos dos cuestiones: 1º Los principios generales del Derecho se aplican sin necesidad que concurra una analogía o ellos aparecen cuando toda forma de analogía fracasa; 2º los principios generales son obtenidos apriorísticamente y su criterio de aplicación es deductivo y no inductivo como sugiere esta modalidad de analogía. El juez, como cualquier otro operador jurídico, debe cuidarse de la tentación de identificar la analogía *iuris* con la interpretación lógica-sistemática o de extender los dominios de la analogía más allá de su estricto y genuino significado, el cual nunca puede alejarse de la similitud de los hechos y la identidad de razón (p. 104).

2.1.3.7.4. Requisitos.

Existencia de lagunas en el Derecho positivo.

Gaceta Jurídica (2004):

La primera condición para que prospere la aplicación de la analogía en los diversos sectores del ordenamiento jurídico es la necesidad que se compruebe previamente que el derecho que tiene lagunas o -lo que es lo mismo- que no hay en una regulación específica para un caso de un conjunto de supuestos que, pese a existir en la vida jurídica, no se encuentran previstos por alguna norma del ordenamiento jurídico. En estos casos el operador jurídico (Juez) se encuentra con un hecho como un conflicto de intereses gozando de relevancia jurídica no están regulados en norma alguna del derecho positivo (legal o consuetudinario) y cuya

solución no es posible plantearla a través de la interpretación, cualquiera fuese a su clase. La única manera de resolver el problema que es apelando a los mecanismos de integración del derecho. La existencia de "lagunas" trae como referencia directa a la idea de ausencia de regulación, regulación deficiente o a la " incompletez" e integridad o no del derecho legal (p. 107).

El empleo del término “laguna” -de larga tradición en la ciencia del Derecho- no constituye sino un giro metafórico que pretende denotar la ausencia total de regulación o una regulación deficiente de una materia jurídica que no comprende ni abarca un conjunto de supuestos. Se acota que su empleo no es muy afortunado y lo mejor sería hablar de **imperfección legal** o de **falta de previsión de las normas** promulgadas. La existencia de lagunas no solo implica la total y completa falta de una disposición jurídica, sino que también puede haber una regulación que, sin embargo, es deficiente. Por ello, tienen razón quienes plantean que puede haber una laguna normativa aun cuando exista una norma jurídica, siempre que ella no regule todos los casos que debiera abarcar (p. 107-108).

Identidad de la Razón.

Uno de los requisitos más importantes para la aplicación de la analogía como procedimiento de integración del Derecho es que cumpla con la condición de la identidad de razón. Sin ese requisito cualquier intento de declarar procedente la analogía carecía de toda base rigor jurídico. No sería más que un burdo intento que, tras el pretexto de emplear un procedimiento lógico-jurídico, escondería la más glamorosa arbitrariedad judicial.

La doctrina establece que el estudio del requisito de la identidad de razón debe dividirse en dos grandes partes: 1° La necesidad de semejanza entre el caso

regulado y el caso no previsto; y 2° La identidad de razón y fundamento entre ambos supuestos que haga viable la aplicación de una norma (analogía legis) o instituto jurídico (analogía iuris) al supuesto no regulado. La valoración de ambos presupuestos no puede realizarse por separado y de manera unilateral como si fueran supuestos inconexos. Muy por el contrario, se hace necesaria la convergencia de ambos requisitos que, en una unidad indisoluble, logre vincular la similitud de casos con la identidad de razón, y que se puede reducir a la formulación de una lacónica frase: similitudo casuum et paritas rationis (p. 113).

2.1.3.7.5. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.

Gaceta Jurídica (2004):

La constitución política del Perú en su Artículo 139 inciso 9 consagra el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos el artículo cuarto del título preliminar del código civil dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía el artículo 3 del título preliminar del Código Penal prescribe que no es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta definir el estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda.

La Norma que regula la analogía en la Constitución tiene aplicación a todas las áreas y sectores del ordenamiento jurídico sin excepción o restricción alguna ha dado su carácter de normas superior en jerarquía y nivel su validez es indiscutible sea cual fuere el ámbito del ordenamiento jurídico independientemente de si se trata de regular las relaciones de coordinación entre los ciudadanos o de las relaciones de subordinación entre éstos y el estado no se limita al campo del derecho constitucional

sino que se extiende a todos los ámbitos del derecho público y de derecho privado (p. 118).

2.1.3.7.6. La analogía en el derecho civil.

Siguiendo al mismo autor:

El artículo cuarto del título preliminar del código civil si bien se centra su aplicación dentro del sector normativo correspondiente su área de influencia es mucho más amplia y profunda en virtud al carácter supletorio de las disposiciones del Derecho civil dentro del derecho privado en general y su Rango normativo que tengo un sector importante de la doctrina sería la de normas materialmente constitucionales puesto que las disposiciones del título preliminar no solo se aplican al derecho privado sino a todos los sectores el ordenamiento jurídico; con razón se lo ha llamado prólogo de todo nuestro ordenamiento jurídico siendo un inestimable complemento a la regulación constitucional.

A pesar que la normatividad constitucional de la analogía difiere levemente el tratamiento prodigado por el Título Preliminar del Código Civil – basta observar que la Constitución no alude a la prohibición de aplicar la analogía a las leyes excepcionales, pues se limita a mencionar a las leyes penales y a las normas que restrinjan derechos – no cabe duda que ambos preceptos jurídicos poseen un núcleo común ya que se refieren a las normas que restringen derechos.

En realidad, la única interpretación posible del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil es que su ámbito de aplicación se circunscribe a las normas que imponen sanciones jurídicas negativas que son las que afectan o restringen el ejercicio de un derecho o determinado bien jurídico (pp. 118-119).

2.1.3.8. Problemas interpretativos.

Sostiene Gascón (2003) que el punto de partida de la concepción intermedia es la toma de conciencia del carácter discrecional de la interpretación, y por consiguiente del componente ideológico o subjetivo que está presente en la misma, sobre todo cuando aparecen dudas o problemas interpretativos. Que aunque *interpretar* es una actividad más o menos discrecional consistente en atribuir significado a un texto en el ámbito de sus posibilidades interpretativas, *la discrecionalidad* se hace realmente manifiesta cuando la interpretación aparece o es sentida como: dudosa o problemática, siendo que las principales dudas o problemas interpretativos que pueden presentarse se ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: contexto lingüístico, sistémico y funcional (p.111).

2.1.3.8.1. Problemas del contexto lingüístico.

El lenguaje jurídico es un tipo especial del lenguaje común y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a éste; y deshacer la ambigüedad y reducir la vaguedad comporta una *decisión discrecional* (bien sea por la ambigüedad de las expresiones o a la falta de precisión de su significado).

Según Gascón (2003) clasifica:

a) *Problemas de ambigüedad*.- Que una expresión es ambigua significa que puede entenderse de varias maneras o que puede asumir significados distintos. Pero dentro de los problemas interpretativos generados por la ambigüedad o polisemia de las expresiones cabe distinguir aún varios tipos: *Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje común*; *Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje*

científico (pero que pueden adquirir un significado distinto en el contexto jurídico) o *Ambigüedad sintáctica* (por la manera en que las palabras se relacionan entre sí).

b) *Problemas de vaguedad o imprecisión*.- Que un término o concepto es vago quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso, de manera que se puede delimitar los casos claramente incluidos y excluidos (núcleo de certeza), pero que entre ambas esferas se mantendrá también una zona de penumbra donde es dudoso si resulta o no predicable. Todas las expresiones lingüísticas, al menos las del lenguaje natural, presentan algún grado de indeterminación, porque padecen una cierta vaguedad, y en este sentido pueden plantear dudas interpretativas cuya resolución es y debe ser discrecional.

Es evidente que la vaguedad alcanza sus cuotas más altas (y la actividad interpretativa su mayor grado de discrecionalidad) cuando como sucede con frecuencia el legislador usa conceptos que incorporan una gran carga valorativa; es decir, cuando usa nociones típicamente vagas, como daño grave, conducta reprobable, convivencia intolerable, etc. Sucede lo mismo cuando en el artículo V del Código Civil Peruano establece "es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres". No cabe duda que en la determinación de si el acto jurídico es contrario a las buenas costumbres, queda un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete (pp. 112-116).

2.1.3.8.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional.

Se trata de casos en que el significado de los textos legales pueden ser unívoco y preciso, pero pueden aparecer problemas a propósito de la articulación del texto con otros ya existentes (problemas del contexto sistémico); o a propósito de la relación existente entre el texto y las finalidades y objetivos a que el mismo ha de

servir, o sea, problemas de adaptación del significado de los textos a las circunstancias en las que han de ser aplicados (problemas del contexto funcional). En todos estos supuestos la interpretación se manifiesta también como una actividad discrecional.

Según Gascón (2003) refiere:

a) Problemas de redundancia.- Aparecen estos problemas cuando dos disposiciones distintas, tomadas en su significado más inmediato, significan lo mismo. La redundancia plantea un problema interpretativo stricto sensu, aunque sí puede generar dudas: ante un caso de redundancia, o bien puede considerarse que el legislador simplemente ha reiterado su mensaje, o bien puede considerarse que el legislador "no se repite" y que la redundancia es una mera apariencia, de modo que, mediante un esfuerzo interpretativo, se determine atribuyendo a una de las disposiciones redundantes un significado diferente.

b) Problemas de antinomias.- Existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible. La antinomia equivale, pues, a inconsistencia o contradicción. Nótese que la antinomia, por cuanto conflicto entre "normas" y no entre "disposiciones", es el resultado de la interpretación realizada, por lo que la presencia de antinomias es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea dudas o controversias interpretativas, pues mediante la interpretación es posible tanto crear como evitar una antinomia. Ahora bien, si se acepta la presencia de una antinomia en el ordenamiento, el problema que surge ya no es un problema interpretativo, sensu estricto, sino más bien un problema de relevancia; esto es, el problema de decidir cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso.

La mayor parte de las antinomias que se presentan pueden resolverse recurriendo a los tradicionales criterios de resolución de antinomias (jerarquía, cronología, especialidad y competencia), criterios que, por lo demás, suelen gozar de algún reconocimiento en los propios ordenamientos. Pero existen también antinomias para cuya resolución no existen reglas claras y que generan, por tanto, dudas o controversias. Así sucede con algunas de las llamadas antinomias de segundo grado, con el supuesto de antinomias configuradas como "insuficiencia de criterios" y, de modo particular, con las antinomias o conflictos entre principios.

La expresión antinomias de segundo grado alude a aquellas antinomias donde la incompatibilidad puede resolverse por aplicación de dos o más criterios con resultados diferentes. Por ejemplo, la antinomia que se da entre una ley especial anterior y una ley general posterior (donde concurren los criterios de especialidad y cronológico); o la que se da entre una norma especial pero inferior y una norma general pero superior (donde concurren los criterios de especialidad y jerarquía). El problema que la antinomia plantea es, pues, el de decidir cuál de los criterios debe usarse; pero en algunos supuestos no hay reglas que diriman la controversia de manera incuestionable, lo que conduce, a fin de cuentas, a una cierta discrecionalidad.

La expresión *insuficiencia de criterios* alude a aquellas antinomias para cuya resolución no puede echarse mano de ninguno de los tradicionales criterios de resolución de antinomias. Se trata de aquellos casos en que la antinomia se produce entre dos normas válidas desde el punto de vista de la competencia, con el mismo rango jerárquico, coetáneas y que no se hallan entre sí entre una clara relación de generalidad/especialidad: por ejemplo, dos normas de un mismo cuerpo legislativo

con el mismo grado de generalidad y/o especialidad. En estos casos se abre ante el juez de un vasto campo de posibilidades no regladas para resolver el conflicto, pues puede recurrirse, por ejemplo a los principios generales que rigen el sector del ordenamiento de que se trate, o puede realizarse una ponderación de los intereses en juego, o puede recurrirse al principio lex favorabilis, etc.

Por último, cuando el conflicto se produce entre "principios", los tradicionales criterios de resolución de antinomias, que establecen en abstracto la preferencia de una norma sobre otra, no resuelven el problema.

c) Problemas de Lagunas.- La expresión "laguna" se emplea por los juristas para referirse a aquellos casos o conductas que no se hallan reguladas por el Derecho. Se afirma que existe una laguna cuando, según el significado que se atribuye a las disposiciones jurídicas, el ordenamiento no ha previsto una relación jurídica para un cierto supuesto de hecho.

La presencia de lagunas en el ordenamiento es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea controversias interpretativas, pues siempre es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar una laguna. Por ejemplo, es posible realizar una interpretación extensiva del Derecho, extendiendo el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal inmediato; poniendo de relieve, en definitiva, que si se interpreta ese término o locución correctamente (o sea, extensivamente) no existe una laguna. O bien puede hacerse una interpretación literal del texto legal diciendo que la conducta no contemplada está permitida (si la norma es prohibitiva) o está prohibida (si la norma es permisiva); se trata del uso creativo del argumento a contrario.

Si se acepta la presencia de una laguna en el ordenamiento, el problema que surge (ya no un problema de interpretación stricto sensu sino un problema de relevancia) es el de encontrar la norma en que fundar la decisión al caso "lagunoso". Un problema que, naturalmente, solo se plantea en aquellos ordenamientos donde el juez tiene la obligación de dar una solución al conflicto (prohibición de resoluciones non liquet) y ha de hacerlo además según el sistema de fuentes establecido (principio de legalidad, en sentido amplio).

Encontrar, en estos casos, la norma jurídica en que fundar la decisión (o colmar la laguna), exige recurrir a las técnicas de integración de lagunas; en particular a la analogía, que expresa en realidad un auténtico argumento "creador" de Derecho.

d) Problemas de funcionalidad.- Tampoco en este caso se trata de problemas interpretativos stricto sensu, sino de problemas teleológico-valorativos de aplicación de la ley que surgen cuando una disposición, cuyo significado no ofrece dudas ni es contradictorio, provoca alguna perplejidad en su aplicación literal a un caso específico, bien porque se considera que éste es excepcional, bien porque han cambiado las circunstancias (por ejemplo, cambios tecnológicos o científicos no imaginados por el legislador) o los valores sociales. En estos casos se plantea la duda de si aplicar la disposición en su significado inmediato o, por el contrario, corregir ese significado para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

En general, los avances científicos y tecnológicos plantean constantemente problemas de funcionalidad al Derecho, que ha de adaptarse a la nueva situación por vía legislativa, pero también, y en tanto esto no ocurra, por vía interpretativa. Esto es lo que ha sucedido con la inclusión de los nuevos avances probatorios en la escueta

lista de medios de prueba tradicionales, que ha permitido, por ejemplo, introducir en el proceso como prueba "documental" la aportación de cintas magnetofónicas (pp.116-121).

2.1.3.9. Casos fáciles y casos difíciles.

Debido a los distintos problemas interpretativos, se permite mostrar uno de los rasgos característicos de la concepción intermedia de la interpretación: que la actividad interpretativa tiene carácter discrecional, lo que significa que el intérprete dispone de un poder no estrictamente reglado para atribuir significado al texto legal, no significando que la interpretación sea siempre problemática, ni que todos los casos que puedan configurarse en abstracto como problemas interpretativos lo sean realmente en la práctica.

La interpretación jurídica según Gascón (2003) refiere:

"No es una actividad libre y ejercida de cualquier modo sino que se desarrolla en un contexto lingüístico, cultural y jurídico que la somete a unos límites y vínculos, siendo éstos de diversos tipos. Así, las posibilidades interpretativas están contenidas por los usos lingüísticos atribuidos a las palabras, o por el marco semántico reconocido previamente; o por el significado de las palabras en los contextos lingüísticos relevantes, en particular el técnico jurídico (términos como: "donación", "acción", etc.). Y otro vínculo lo constituyen las convicciones propias de la sociedad, que funcionan generalmente como contrapeso a las huidas hacia adelante del intérprete, sobre todo cuando están implicados términos con fuerte carga valorativa (por ejemplo, honestidad, obscenidad, etc.). Estos y otros vínculos generan hábitos interpretativos que hacen que muchos textos legales terminen por adoptar un significado constante, de manera que la interpretación de esos textos puede que no

aparezca como problemática (o difícil) sino como una (fácil) actividad cognoscitiva de su significado constante. Precisamente por ello, para distinguir entre los casos en que se presentan de hecho problemas o dudas interpretativas y aquellos otros en que tales dudas no se plantean, puede *hablarse de casos difíciles y casos fáciles*, respectivamente. Más exactamente, un *caso es difícil* cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida; *es fácil* cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse.

Es evidente que cuando los jueces aplican (o dejan de aplicar) una norma en los casos difíciles ejercen discrecionalidad, pues la decisión de la controversia requiere elegir entre al menos dos soluciones (o interpretaciones) alternativas; pero cuando aplican una norma a los casos claros o fáciles la decisión aparece o es sentida como no discrecional porque de hecho nadie la cuestiona. Por eso, en el discurso de los juristas, donde es frecuente usar un concepto de interpretación no en su sentido amplio de atribución de significado a un texto legal sino en su sentido más restringido de esclarecimiento de ese significado en situaciones de duda o controversia en torno a su campo de aplicación, solo se entiende que existe necesidad de interpretar cuando estamos ante un caso difícil.

Sin embargo no se debe llevar a confundir las cosas y a presentarlas como si al menos en los casos fáciles hubiese siempre respuesta correcta; esto es, como si no hubiese nunca discrecionalidad interpretativa. Y al respecto solo unas observaciones:

1. Incluso en los supuestos en que exista homogeneidad interpretativa creada por un hábito interpretativo, los problemas pueden reaparecer cuando cambie el contexto (cronológico o sistemático) en el que la norma debe ser aplicada. Es decir,

puede suceder que normas que hasta el momento no han planteado dudas interpretativas, las planteen, porque hayan cambiado las circunstancias y/o las valoraciones sociales de los casos. Este es, por ejemplo, el sentido de la interpretación actualizadora.

2. También ante disposiciones que brillan por su claridad pueden plantearse las dudas. Por ejemplo, la disposición que establece que "para que el testamento sea válido debe ir firmado", cuya interpretación, en principio, resulta clara, puede plantear dudas en los supuestos en que la firma figure al comienzo, o sea un seudónimo, o aparezcan solo iniciales.

3. Ante disposiciones aparentemente claras, el intérprete es capaz, a veces, de crear lagunas (y, por consiguiente, casos oscuros): si es verdad que los intérpretes colman las lagunas discrecionalmente (mediante creación de normas nuevas), también lo es que a veces son los propios intérpretes quienes se atribuyen esa discrecionalidad, "creando" la laguna.

Por ello la interpretación no puede postularse como descubrimiento o averiguación sino como decisión o adjudicación del significado que conviene a un texto legal en el ámbito de sus posibilidades interpretativas (operación discrecional). Los textos legales requieren siempre ser interpretados, aunque la interpretación solo se hace realmente manifiesta cuando se plantean controversias interpretativas; en el resto de los casos aparece "camuflada". Cuando la interpretación no es controvertida hablamos de casos fáciles y de casos difíciles cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables" (pp. 123-126).

2.1.4. Cuestión de principios.

Refiere García (2003) "Tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios, categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, máximas, aforismos, etc." (p. 217). Desde luego, entre todos ellos los principios gozan de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión "principio jurídico" ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia.

En los últimos años, "los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación (…), sosteniendo que la discreción judicial comienza donde termina el Derecho". García (p. 218). Empero, entre teoría del Derecho y TAJ existe interdependencia, en donde algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado "el Derecho como argumentación".

2.1.4.1. Distinción entre reglas y principios.

Desde el punto de vista de la estructura y la función, se han propuesto tres tesis básicas sobre las diferencias entre principios y reglas, tal como lo da a conocer García (2003) señalando:

La Tesis fuerte de la separación.- Existen diferencias cualitativas y no solo de grado, dicha división fuerte concibe reglas y principios como entidades

normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes, donde toda norma es o bien una regla o bien un principio.

La Tesis débil de la separación.- Entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual y no una diferencia cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas (generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad, superioridad jerárquica, etc.) suelen adscribirse a este planteamiento.

La Tesis de la Conformidad.- Entre principios y reglas no existen diferencias relevantes (p. 229).

Sostiene Alchourrón y Bulygin (citado por García, 2003) que "Entre las normas que los juristas llaman "principios generales" y las normas que integran las "partes generales" solo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios" (p. 233).

Con relación a ello se debe tomar en cuenta la diversidad de principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos que reside en que los principios explícitos son directamente válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); en tanto que los principios implícitos son indirectamente válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas (los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad).

Según García (2003) refiere:

a).*Las reglas: aplicación "todo o nada"*.- Las reglas vienen hacer aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones, por lo cual el criterio de la

aplicación de todo o nada de las reglas deriva finalmente del carácter exhaustivo de las excepciones.

b) *Los principios: más o menos aplicación*.- Los principios a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Esta dimensión se percibe en el modo de entrar en colisión principios y reglas. Cuando dos reglas entran en conflicto, es posible: que una de ellas no sea válida, o que una de ellas sea excepción de la otra. En ambos casos, no existe propiamente un conflicto, o bien se aplica la regla válida, o bien se comprueba si el caso que se resolverá es una excepción a la regla más general o no.

Por tanto, es una exigencia de racionalidad y de sostenibilidad del sistema jurídico resolver la antinomia, bien determinando si una de las normas funciona como excepción con respecto a la otra o bien directamente determinando la invalidez de una de las normas, caso contrario se aplicaría el criterio de la lex posterior, según el cual la ley posterior se impone a la anterior.

Por lo que los principios son aquellas normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y otros de rango normalmente constitucional. Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto, siendo que entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien tensiones.

La colisión de principios no se traduce en la exclusión de la validez de uno de los principios en conflicto, siendo que por su estructura, ni siquiera toleran que se les apliquen los criterios tradicionales de resolución de antinomias:

Criterio de Jerarquía (lex superior).- según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre

principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía. *Criterio de la especialidad (lex specialis*): la ley más especial se impone a la más general) resulta igualmente de difícil aplicación si tenemos en cuenta que los principios suelen caracterizarse por un extremado grado de generalidad.

Criterio de lex posterior (la ley posterior se impone a la ley anterior).-también resulta problemático en su aplicación a los conflictos entre principios por las mismas razones aducidas para el criterio de la lex superior. Si los principios son constitucionales, no es posible determinar su posterioridad, si son extrasistemáticos o implícitos resulta complicado determinar cuál es posterior en el tiempo.

Por estas razones, los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras.

c) Los principios como mandatos de optimización.- El criterio fundamental para distinguir a los principios de las reglas es, a juicio de Alexy y más bien en perjuicio del criterio de la aplicabilidad todo o nada de las reglas, la dimensión de peso de los principios, *su ponderación*. Los principios deben realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso.

Por lo que Alexy caracteriza los principios en los siguientes términos: "los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización (el cumplimiento de los principios debe

tener lugar “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.

Siendo que con relación a los criterios de optimización viene constituirse como el criterio fundamental para distinguir principios y reglas: los principios se distinguen de las reglas porque remiten a una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, dado que también las reglas pueden requerirla, es necesario sostener en realidad la tesis débil de a separación entre reglas y principios y formular l distinción en los siguientes términos: un principio es una norma que requiere, en mayor medida que una regla, el recurso a una teoría de la argumentación jurídica (pp. 238-253).

2.1.4.2. Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas.

Los profesores Atienza y Ruiz (citado por García, 2003) han explorado una distinción entre reglas y principios refiriéndose que la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter cerrado o abierto de la norma, por lo que proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho al que se correlaciona una consecuencia jurídica.

En tanto que según estos autores, *las reglas* se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas, por lo que *los principios* presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y que con relación con *las directrices* presentarían un supuesto hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas.

Reglas y Principios como razones para la acción.

Según el modelo Atienza/Ruiz analizar la distinción entre reglas y principios es a través del carácter funcional. Donde *las reglas* son las razones excluyentes de la

toma en consideración de otras razones, siendo éstas independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (en el legislador) de tal regla. Mientras que un *principio* viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar.

Nos da a conocer asimismo (García, 2003) que ambos autores, sostienen que "un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva" (p. 257).

Por lo que se comparte con lo sostenido por (García, 2003) en el sentido que los principios vienen hacer aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas, lo que conlleva a la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles.

2.1.5. Particularidades de la Interpretación Constitucional.

2.1.5.1. Límites de la jurisdicción constitucional.

Sostiene (Gascón, 2003) que los límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política, de una parte, y juicio de constitucionalidad y jurisdicción ordinaria (o juicio de legalidad).

i. Separación entre juicio de constitucionalidad y decisión política (democrática): la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir, debido a ello, las relaciones entre Constitución y

ley podrían, configurarse o interpretarse conforme a dos modelos: modelo constitucionalista o judicialista y modelo democrático o legalista.

Según el *primer modelo*, la Constitución pretende saber cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley solo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y puede denominarse también *judicialista* porque en él los jueces son los que terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento.

Según el *segundo modelo*, la Constitución solo determina quién manda, cómo manda y, en parte, hasta dónde puede mandar. Si el modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan solo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse. Y puede denominarse *legalista* porque, el legislador democrático es quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional solo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebase el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.

ii. Separación entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad: la jurisdicción ordinaria tiene, frente a la constitucionalidad, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir. La función del Tribunal no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino solo su adecuación al texto constitucional;

es decir, no consiste en fijar la "mejor" interpretación de la ley, sino solo en rechazar aquellas que resulten incompatibles con la Constitución, de manera que, la interpretación judicial de la ley debe ser preservada cuando no sea incompatible con la Constitución, y en caso de que sean varias las interpretaciones de la ley constitucionalmente conformes, no debe imponer la que estime mejor.

Sin embargo cabe señalar que la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria tiene lugar sobre todo cuando, con ocasión de controlar el juicio de ponderación expresado en una decisión judicial, el Juez constitucional pondera directamente (pp. 273-278).

2.1.5.2. Doctrinas de la interpretación constitucional.

El objetivo de toda doctrina o ideología de la interpretación según (Guastini, 2010) es dirigir la actividad de los intérpretes a la luz de ciertos valores, las cuales pueden clasificarse en:

i. Doctrina estática y doctrina dinámica.- *La doctrina estática* tomando en cuenta los valores de la estabilidad de la reglamentación jurídica, de la seguridad y de la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, recomienda a los intérpretes de la constitución practicar una interpretación estable fija, diacrónicamente constante, sin cambios bruscos, sin embargo no explica qué interpretación exactamente se refiere.

En tanto que la *doctrina dinámica* tomando en cuenta el valor de la adaptación constitucional del Derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etc.) anima a los intérpretes de la Constitución a no practicar una interpretación fija, sino, al contrario, a cambiar el significado de los textos a la luz de las circunstancias (y por supuesto, de sus sentimientos de justicia). Por lo que dicha

doctrina favorece a una interpretación evolutiva, la cual consiste en emplear sin que importe, cualquier técnica de interpretación con el objeto de adaptar el texto sobre todo si se trata de un viejo texto a las nuevas circunstancias.

ii .Universalismo y particularismo.- Las doctrinas particularistas y universalistas se refieren especialmente a la interpretación "in concreto": *La doctrina particularista* se funda sobre el valor de la equidad, en el sentido de lo que se llama "la justicia del caso concreto" donde los jueces no deben aplicar las normas de una manera ciega sino deben buscar, para cada caso concreto, la solución "justa". Y esto exige que se descarte la interpretación literal, introduciendo en las normas su ratio, su justificación subyacente, las excepciones que cada vez que, a causa de los particulares del diferendo, su aplicación estricta tuviera consecuencias injustas.

Por otro lado la doctrina universalista se funda bajo los principios de igualdad y legalidad: los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, conforme al Derecho, y toda norma debe ser aplicada uniformemente a todos los hechos comprendidos en su campo de aplicación, sin excepción. Por lo que el universalismo invita a los intérpretes a privilegiar el texto de la norma contra su ratio y desfavorece en particular la interpretación restrictiva y el uso del argumento de la disociación, recomendando a los jueces no introducir las excepciones en el campo de aplicación de las normas.

iii. Judicial restraint y judicial activism.- La *doctrina o "judicial restraint"* se inspira en el valor de la deferencia alrededor del legislador democrático. Aparentemente la doctrina favorece la interpretación literal, en el sentido que su actitud conduce a los intérpretes a reconocer las lagunas en el texto constitucional.

Sin embargo las materias que la Constitución no regula de ninguna manera, en las cuales el legislador es del todo libre de decidir, no importa de qué modo.

En tanto que la doctrina del "judicial activism" se inspira a veces en el valor de la coherencia del derecho, es decir; con la "conciencia social". Siendo que ésta favorece la libre creación del Derecho Constitucional por los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, identificadas por medio de sus sentimientos de justicia. Sin embargo esta doctrina se opone a la interpretación diacrónicamente constante o a la interpretación literal o a interpretación originalista (pp. 41-45).

2.1.5.3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas.

Según (Gascón, 2003) refiere:

a) Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control.

Por ello la *interpretación conforme* se enmarca en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Configurándose de esta manera como una regla de interpretación sistemática que entiende la Constitución como contexto obligado para la interpretación de cualquier texto jurídico, y en un instrumento para prevenir o evitar antinomias. La obligatoriedad de dicha regla se vincula al principio de constitucionalidad o de primacía constitucional.

Pero, además cabe señalar que *la técnica de la interpretación confor*me se vincula a los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, configurando su anulación como remedio extremo. Más exactamente, la interpretación conforme es usada por el Juez Constitucional con la finalidad de evitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sucediéndose en las llamadas sentencias interpretativas y sentencias manipulativas.

b) Las sentencias interpretativas.- Son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de la misma, en efecto, a raíz de la interpretación conforme a la Constitución, el Juez constitucional podría imponer la (a su juicio) mejor interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Dejándose de este modo sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. Por eso, el principio conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio de self-restraint a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria (pp. 278-282).

2.1.5.4. Juicio de ponderación.

Comprende la indeterminación de la Constitución, manifestándose de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades.

2.1.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.

Desde la *perspectiva de la jurisdicción constitucional*, los conflictos se presentan cuando se confrontan el bien o valor constitucional protegido por la norma o medida pública que se enjuicia y otro bien o valor constitucional; en tanto que

desde *la perspectiva de la jurisdicción ordinaria*, los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes al mismo tiempo dos bienes o valores constitucionales. En razón a ello cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Y por el contrario, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda valer el uno sobre el otro.

Motivo de ello, es según Alexy (citado por Gascón, 2003) refiere:

"Las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como mandatos de optimización, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas, que vienen dadas por las propiedades que configuran los casos. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse juicio de ponderación, consistente, grosso modo, en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto" (p. 296).

Por tal motivo (Gascón, 2003) señala que con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que solo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso. Contemplándose que a través de la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula el tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es

una operación notablemente discrecional, por lo que se suele aludir como juicio de razonabilidad (p. 298).

2.1.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad).

La ponderación va dirigida a adoptar una decisión para resolver un supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para ello primero habrá que construir una regla de precedencia condicionada, es decir; una regla que establezca las condiciones y requisitos, en que un principio precede al otro, y después proceder a formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia.

Para la construcción de la regla, y la adopción de la decisión, sostiene (Gascón, 2003) que ha de cumplirse con la respectiva estructura de ponderación que se compone de cuatro pasos:

i. Fín legítimo.- La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: sino existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay ponderación, porque falta uno de los términos de comparación.

ii. Adecuación.- La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.

iii. Necesidad.- Si la satisfacción de un bien o principio constitucional se alcanza a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, se debe escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

iv. Test de proporcionalidad.- En sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Dicho requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional (pp. 299-300).

2.1.5.4.3. Ponderación y subsunción.

Si no existiera una colisión de principios el juez se limitará a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y se requiere ponderar, la subsunción no queda arrinconada, por dos razones: En *primer lugar*, porque "el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna, es decir; es preciso "subsumir", constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios, por lo que hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo civil como en el Derecho fundamental. Y en *segundo lugar* porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

2.1.5.4.4. Control difuso e interpretación constitucional.

Entiéndase a la interpretación constitucional como la técnica o herramienta que sirve para aclarar algún sentido dudoso o ambiguo de los enunciados o disposición constitucional, es decir; permite clarificar algo que está oculto para llegar a concretar la norma.

En la actualidad los tribunales cuentan con mecanismos apropiados para decidir cuándo una norma es contraria a la Constitución, no solo en los jueces constitucionales sino también en el juez ordinario, empero algunos jueces ordinarios aún se mantienen a la dogmática tradicional, a categorías conformadas en disciplinas particulares en forma especial en el campo del derecho privado, en una concepción formalista de justicia, evidenciándose que a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho.

En base a lo que viene aconteciendo, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación. Siendo así, se puede presentar la figura jurídica del Control Concentrado, la misma que es aplicado por el Tribunal Constitucional cuando se presenta una incompatibilidad de las leyes, la misma que debe entenderse como el control de la constitucionalidad de las leyes, siendo únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

En tal sentido (Gascón, 2003) refiere:

La configuración del Control concentrado admite a su vez dos variantes:

i. Control a priori: El control inserta en el propio proceso legislativo operando sobre la ley aprobada pero aún no promulgada; de manera que, una vez en

vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen prefijados en ella. Ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

ii. Control a posteriori: El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucionalidad por el órgano de control (p. 272).

2.1.6. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales.

Conllevan a una reflexión sobre el razonamiento judicial del papel más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y modos de jurisdicción, en el sentido que los principales rasgos distintivos del llamado Estado Constitucional de Derecho está en relación y en razón de los derechos fundamentales condicionando las formas y los modos de razonamiento en los que encuentra expresión la aplicación judicial del Derecho.

2.1.6.1. Definición de derechos fundamentales.

Sostiene Mazzarese (2010) que los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o los medios necesarios para su realización y tutela, adquieren ellos mismos una intrínseca connotación axiológica, pero es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como la opción por una posible denominación distinta de los mismos (derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos o derechos constitucionales).

La falta de consenso sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los valores a afirmar no puede dejar de reflejarse sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los derechos fundamentales a tutelar, en el sentido que éstos justifican, dudas y preguntas que no pueden dejar de traducirse en dificultades epistemológicas sobre las formas y modos de su eventual cognoscibilidad, y en dificultades lógicas sobre las formas y modos en que se configuran el razonamiento y la argumentación jurídica, y más específicamente judicial, cuando tienen como objeto también los derechos fundamentales (pp. 242-243).

2.1.6.2. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho.

Según el autor Mazzarese (2010) sostiene:

"Que la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redifinición (…) de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación en las que estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del estado (liberal) de derecho: esto es, modelo del Estado constitucional de Derecho.

Que con respecto a los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento, no se agotan en los únicos criterios de carácter formal consistentes en

la conformidad de la producción normativa con las metanormas de procedimiento y de competencia, sino que están flaqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados.

Los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reduce a un mero reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma, sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como, si fuere el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley"(pp. 234-236).

2.1.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho.

Señala Mazzarese (2010) que son dos, los perfiles en relación con los cuales los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del Derecho: *el primero* es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la redifinición de las modalidades procedimentales y el *segundo perfil* es su papel en la resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias. El primero de ellos es el de los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.

Derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.- Es innegable la atención del legislador (supra) nacional a la definición de los modelos procesales caracterizados por la garantía de los derechos fundamentales, esto es, de los modelos procesales que son ellos mismos expresión de una realización plena de

los derechos fundamentales y que, al mismo tiempo, posibilitan una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales.

Señala (Mazzarese, 2010) que respecto a dicha confirmación, "es explícita en un catálogo más o menos amplio y articulado de derechos fundamentales inherentes a la aplicación judicial del Derecho, tanto a nivel nacional en la constitución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos de muchos países (occidentales), como en documentos, solemnes y (aunque no siempre) vinculantes de carácter regional e internacional. A esta atención manifiesta del legislador (supra) nacional no corresponde, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización" (p. 237).

Por ello es evidente el disenso que acompaña sea la selección de los valores de los que se asume, que la aplicación judicial del derecho deba ser garante, sea la especificación de las modalidades juzgadas más idóneas para asegurar su realización.

Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.- Señala Mazzarese (2010) que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

En *modo positivo* cuando se da tutela judicial, en forma directa o indirecta, de los derechos fundamentales.

En *modo negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos, siendo su papel relevante porque testimonia la (potencial) competitividad entre los valores subyacentes a derechos fundamentales distintos y

ejemplifica la exigencia de una ponderación de los mismos y/o de la definición de una compleja red de excepciones y de vínculos.

Entre las directas, una primera forma de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso en que los jueces de primera instancia pueden intervenir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, directa o indirectamente; como segunda forma directa de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso de eventuales metanormas y/o posibles prácticas jurisprudenciales que explícitamente sancionen o permitan una accionabilidad y/o justiciabilidad directas de los derechos.

Entre las *formas indirectas* de tutela y realización se puede incluir, la relativa a la aplicación de las leyes que, de uno o varios derechos fundamentales enunciados a nivel constitucional, especifican, al menos en parte, los términos de realización y tutela y/o circunscriben su alcance respecto a los valores de los que pueden ser expresión (pp. 238-241).

2.1.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.

Es difícil negar el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución de una misma controversia, siendo innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción.

2.1.6.4.1. Dificultades epistemológicas

Bajo la óptica epistemológica, los principales órdenes de dificultades a los que da origen y con los que se encuentra la noción de derechos fundamentales son dos, estrechamente conectados entre sí.

Según (Mazzarese, 2010) refiere:

Que el primer orden de dificultades afecta a la re (definición) de los criterios de identificación del Derecho (normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial de los criterios de identificación del derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión y en segundo orden de dificultades afecta a la (re) definición, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica.

Por lo que estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válidos son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho asimismo estas dos órdenes son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales.

Sin embargo cabe señalar que la primera razón de la indeterminación afecta a los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo; la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en la razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica) (pp. 243-245).

Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales.- La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela

judicial debe garantizarse al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto.

Se juzga que son los valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección y a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones se juzga que son los derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender a la diversidad.

Señala Mazzarese (2010) refiere: Que con referencia al derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la Declaración Universal de 1948, críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico-cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación explícita en estos documentos.

Respecto al derecho interno de un Estado, la duda es si los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial son todos aquellos y solo aquellos que han tenido ya un reconocimiento explícito, en el ordenamiento jurídico estatal. Cabiendo la duda de poderse reformulase apelando a dos interrogantes: sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición necesaria para que, en ese ordenamiento, se pueda tener tutela judicial de un derecho fundamental; y sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición suficiente para que se deba tener tutela judicial de un derecho fundamental (pp. 245-248).

Indeterminación y criterios de interpretación: la formulación de los derechos fundamentales.- La fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales pone de relieve una dificultad obvia para su tutela judicial, cabiendo señalarse que no siempre para la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

Por ello como señala Mazzarese (2010) no resulta aislada o minoritariamente la posición de quien identifica en el carácter vago y valorativo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales no un defecto, sino un mérito; en el sentido que permite a los jueces hacer efectivos los derechos fundamentales en la evolución progresiva de los mismos, debido a las nuevas necesidades de toda sociedad en vía de desarrollo (p. 251).

Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales.- Una fuente ulterior de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial es la (potencial) competitividad de los derechos fundamentales, tanto en el caso de que su catálogo se encuentre circunscrito al conjunto de los derechos explícitamente reconocidos en el derecho interno, como en el caso en que se convenga que también pueden tomarse en cuenta derechos proclamados en ámbito supranacional y/o derechos no explícitamente enunciados en disposiciones de derecho positivo.

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico tal como señala (Mazzarese, 2010): a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar

un derecho fundamental sin violar, o al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último.

El fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas.

2.1.6.4.2. Dificultades lógicas.

Señala Mazzarese (2010) lo siguiente:

La triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales a realizar y/o tutelar en un ordenamiento jurídico actúa sobre las formas y los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en que se articula el proceso decisorio de una controversia. Actuando en primer lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesta la naturaleza constitutiva y no declarativa tanto de las premisas, jurídica y fáctica, sobre las que se funda la decisión del caso, como de su conclusión, la parte dispositiva y en segundo lugar, confirmando y volviendo aún manifiesto el carácter tanto derrotable (y/o monotónico), como aproximativo del razonamiento judicial.

Naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales.- Las decisiones judiciales tienen naturaleza constitutiva y no declarativa, tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una manera de deducción lógica, como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado de un complejo proceso decisorio y valorativo.

La tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídicas y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en razón de esos derechos a los que ha hecho referencia como derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.

Carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado del razonamiento judicial.- La derrotabilidad del razonamiento judicial es una obvia consecuencia inmediata de la competitividad (potencia, cuando no real) entre derechos fundamentales distintos y/o entre valores de los que los mismos son expresión. La realización y/o tutela de un derecho fundamental puede enfrentarse, en efecto, con la realización y/o tutela de un derecho fundamental diferente. Y, además puede haber competitividad en la realización y/o tutela de un mismo derecho fundamental según la lectura que se asuma y/o se proponga del valor del que el derecho fundamental es expresión.

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable)

la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo (pp. 256-259).

2.1.6.5. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.

En el caso de estudio, mediante Ejecutoria Suprema del diez de diciembre de dos mil diez se declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de carácter sustantiva de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil, el primero de ellos por aplicación indebida y el segundo por inaplicación de una norma de derecho material. Para lo cual sostienen los recurrentes que la Sala Superior no ha considerado que los demandados no han incurrido en el mismo tipo de responsabilidad civil en los hechos sub materia, ya que tanto la Municipalidad de Santiago de Surco y su Alcalde, incurrieron en un tipo de responsabilidad civil funcional -negligencia- al permitir el funcionamiento de una discoteca sin contar con la licencia respectiva.

También se refiere a las obligaciones solidarias pasivas en las que existiendo un acreedor común y varios codeudores solidarios, si uno de éstos celebra cualquier acto previsto en el artículo 1188º del Código Civil con dicho acreedor, en lo que se refiere a su parte en la obligación, ésta se extingue en lo que se refiere a su parte. No obstante los otros codeudores no se liberan de la obligación, quedando obligados a satisfacerla, quedando liberados únicamente en cuanto a la parte que fue transigida; y que por último la aplicación al caso de autos, del referido artículo 1189 del Código Civil sería impertinente, por cuanto en la transacción extrajudicial materia de litis no pactó en ninguna de sus cláusulas que tenga el carácter de parcial, lo que implica que el acuerdo transaccional se haya circunscrito solo a la parte de la obligación que le

corresponde a los codemandados C.C. del P. S.A y A.J.P. S. C. S.A., y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil modificado por la Ley Nº 29364 es porque se declare: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por C.A.V.H.P. y N.S.P.P.de H.

2.1.6.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.

Según el caso de estudio los demandantes invocan como causales de su recurso de casación la infracción normativa de los artículos 1188º y 1189º del Código Civil, el primero de ellos por aplicación indebida y el segundo por inaplicación de una norma de derecho material, Reyes Hurtado sostiene que la infracción normativa es la causal de casación que se usa para proponer el recurso de casación cuando ésta involucra un error de naturaleza sustantiva o procesal que afecte ostensiblemente lo decidido, error que debe incidir directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada. Con lo cual, es viable que el recurso de casación se sustente en la invocación de inaplicación de una norma de derecho material y en la aplicación indebida de una norma de derecho material.

Sobre el particular, en primer término se debe precisar que el recurso de casación es un recurso impugnativo extraordinario que procede únicamente en los casos expresamente fijados por la ley, cuya finalidad, como decisión política del Estado, es controlar la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, entendido dentro del sistema ortodoxo o puro como la finalidad de defender la norma jurídica en su sentido material o adjetivo contra las resoluciones judiciales que la infrinjan, manteniendo de ese modo una exacta observancia de la ley -finalidad nomofiláctica- y la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, concebida como una finalidad esencial del recurso de casación acerca del criterio constante y uniforme de

la aplicación del derecho, expresado por el órgano jurisdiccional de la más alta jerarquía del Poder Judicial. Ambas finalidades se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil.

2.1.7. Antinomias.

2.1.7.1. Definiciones.

Desde un punto de vista analítico, parece más útil distinguir tres conceptos de antinomia, correlativos entre ellos tal como lo expone Chiassoni (2010):

- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas (que se asumen son) simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico (en seguida, no interesará más esta precisión, dándola por sobreentendida).
- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación.
- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación, ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido (p. 272).

2.1.7.2. Antinomias en los razonamientos judiciales.

En sede de análisis argumentativa de las sentencias (sin embargo el discurso sirve, como es obvio, también para los escritos doctrinales) conviene una advertida identificación y de una rigurosa conceptuación de las situaciones en que los jueces, en sus discursos, afrontan y resuelven problemas atinentes a "antinomias" o "conflictos normativos", en el derecho positivo.

2.1.7.3. Las Antinomias como incompatibilidad normativa.

El primer concepto de antinomia donde es una incompatibilidad entre dos normas, es un concepto genérico y estático. Pero ante todo, se trata de un concepto

genérico: en efecto una antinomia es caracterizada como cualquier "incompatibilidad" entre dos "normas" cualesquiera que se asume son simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico.

Pero además tal como señala Chiassoni (2010) expresa:

Se trata además de un concepto estático: una antinomia es caracterizada en efecto sin hacer referencia alguna a las modalidades de su verificación y de su resolución. En la reflexión contemporánea sobre las antinomias, se suele distinguir diversos tipos de incompatibilidad normativa. Entre estos, a partir de una afortunada taxonomía delineada por Karl Engisch, no es la incompatibilidad "lógica" (que daría lugar a las "antinomias en sentido propio" o "propiamente dichas", por un lado, a la cual se contrapone la incompatibilidad "teleológica", "axiológica", y de "principio" (que daría lugar, en cambio a las "antinomias impropias") por el otro.

Asimismo se suele distinguir además las incompatibilidades entre "simples normas", o "reglas" (de detalle), o "precisas disposiciones", las incompatibilidades entre reglas y "principios" y, finalmente, las incompatibilidades (a veces también denominadas "colisiones" entre principios (pp. 272-273).

2.1.7.4. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas.

Según Chiassoni (2010), se clasifican:

1. Normas contradictorias, normas contrarias: definiciones preliminares.- Sí, para los fines de una teoría analítica de las antinomias, se asume que las normas jurídicas (generales) sean (oportunamente formulables o reformulables) como enunciados sintácticamente condicionales y se considera además, que entre las formas más importantes de incompatibilidad normativa nos sea ante todo la

incompatibilidad (que se suele llamarse) “lógica”, el primer concepto de antinomia puede ser precisado del siguiente modo: *Antinomia* es cualquier situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (clases de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles.

Sin embargo se puede llegar a comprender que entre las normas puedan también darse, y se dan, relaciones de incompatibilidad, u oposición, lógica por contrariedad; lo que conlleva a conceptualizar a *la Antinomia* como una situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (o clases de supuesto de hecho concreto) consecuencias jurídicas contradictorias o contrarias.

2. Del sentido común de los juristas al pragmatismo de los filósofos.- Las nociones de contradictoriedad y de contrariedad lógica habían sido acuñadas para dar cuenta entre proposiciones (declarativas) y habían sido definidas, en consecuencia, recurriendo a los predicados “verdadero” y “falso”: dos proposiciones son “contrarias”, cuando no pueden ser ambas verdaderas, sino pueden ser ambas falsas; dos proposiciones son en cambio “contradictorias”, cuando no pueden ser ni ambas verdaderas, ni ambas falsas, así que necesariamente una de las dos es verdadera, y la otra es falsa.

Sin embargo las normas jurídicas, a diferencia de las proposiciones, no son ni verdaderas, ni falsas. Son según la perspectiva de cada caso adoptada: válidas o inválidas (en algún sentido de “validez” que debe ser cuidadosamente definido), aplicables o inaplicables (al menos prima facies), justas o injustas (respecto a los comunes destinatarios y/o a los órganos de la aplicación), violables o inviolables,

susceptibles de observancia o insuceptibles de observancia, utilizables (para algún fin) o inutilizables, etc.

En el ensayo sui criteri per risolvere le antinomie, Norberto Bobbio caracteriza la antinomia por contrariedad como la situación de incompatibilidad entre dos normas, por la que: las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso (concreto), y se trata de establecer cuál de las dos debe ser aplicada, en preferencia de la otra.

Por lo que se puede llegar a hacer referencia a lo sostenido por Bobbio (citado por Chiassoni, 2010) que caracteriza a la *antinomia por contrariedad* como una situación de incompatibilidad entre dos normas por la cual: las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso concreto y se trata de establecer si aplicar la una, o sea la otra, o bien ninguna de las dos, aplicando en cambio una tercera norma.

Asimismo *las antinomias* como situaciones problemáticas sobre el plano de la praxis, presentan, sin embargo, un defecto: hablando de "observancia", "aplicación", "violación", o "imposibilidad de aplicación" de normas, ellas no distinguen cuidadosamente la posición del común súbdito del derecho de la posición del juez.

a) El común súbdito del derecho frente a dos normas contradictorias.-

Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas primarias reconocen a un mismo supuesto de hechos abstracto son contradictorios (o sea: dos normas son contradictorias) si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cual ellos pueden (deónticamente) y/o deban tener (situación de duda práctica); queda sin embargo abierto un curso de acción que no comporta por su parte violación alguna de normas, si las normas

antinómicas son normas de conducta; ni eventuales consecuencias desfavorables, si las normas antinómicas son normas atribuidas de status o, en general, normas constitutivas (duda práctica relativa).

b) El común súbdito del derecho frente a dos normas contrarias.- Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas reconocen en un mismo supuesto de hecho abstracto son contrarias (o sea, dos normas son contrarias), si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cuál conducta ellos pueden (deónticamente) y/o deben tener (situación de duda práctica); tales situaciones los ponen frente a un verdadero y propio dilema: hagan cualquier cosa, ellos violarán una u otra de las normas de conducta, exponiéndose a eventuales consecuencias desfavorables (duda práctica absoluta).

c) El juez frente a las antinomias.- La antinomia *por contradictoriedad* entre normas primarias puede poner al juez en una situación dudosa si, nos muestra una laguna a nivel de las meta-normas sobre resoluciones de los conflictos. Este problema no surge si se considera que, en situaciones, semejantes el juez tuviese el poder de decidir discrecionalmente cuál de las normas aplicar. Las mismas consideraciones valen, aparentemente, también para las antinomias por *contrariedad entre normas primarias*, en presencia de las cuales, siempre según la propuesta definitoria de Bobbio, el juez: no puede (deónticamente) aplicar ambas; sino debe aplicar, en el segundo de los casos, una bien la otra, o bien ninguna de las dos, aplicando en cambio una tercera norma.

Lo que debe excluirse, en ambos casos, es que el juicio se venga a encontrar en la imposibilidad de aplicar dos normas que debería aplicar; o sea en la situación,

descrita por Kelsen, de no poder aplicar la una, sin al mismo tiempo violar necesariamente o eventualmente la otra.

La segunda de las situaciones esbozadas primero: la situación del juez en presencia de una antinomia entre normas secundarias. En tal situación, el juez es, por hipótesis, destinatario al mismo tiempo de dos normas secundarias incompatibles.

Aparentemente, en las siguientes condiciones: que forme parte del ordenamiento: a) una norma que prohíba a los jueces de resolver las antinomias entre las normas secundarias del que sean destinatarios, y b) una norma que excluya el recurso a superiores instancias, para obtener de ellas la resolución de las antinomias, y además, finalmente, c) una norma que imponga juzgar sobre la base de una sola de las dos normas antinómicas, estatuyendo al mismo tiempo su responsabilidad (civil, penal y/o disciplinaria) por haber violado, o también simplemente desatendido, la otra. En estas condiciones, los jueces vendrían efectivamente a encontrarse en una situación como aquella de los comunes súbditos del derecho, e incluso peor en la situación de agentes expuestos a fuerzas que converjan sobre aquellos por direcciones opuestas.

3. Antinomias absolutas, relativas, unilaterales, bilaterales, por exclusividad, en abstracto, en concreto.- En la metodología jurídica contemporánea, recurren con frecuencia algunas taxonomías de las antinomias (como incompatibilidades lógicas entre normas) que se considera sean dotadas de un relevante valor explicativo y analítico.

A. Variaciones en Ross.

i. Antinomias absolutas (totales-totales).- Dos normas son incompatibles en modo absoluto, cuando reconocen al mismo supuesto de hecho abstracto consecuencias

jurídicas incompatibles, de modo que los respectivos ámbitos de aplicación coinciden perfectamente, sin reservas, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se superponen perfectamente.

ii. Antinomias relativas unilaterales (parciales unilaterales, totales-parciales).- Dos normas son incompatibles de modo relativo y unilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hecho abstractos diversos, pero correlativos por un punto de vista conceptual, de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta enteramente incluido en aquella de la otra norma, cuya imagen proyectada es la de dos círculos, uno de los cuales resulta enteramente inscrito en el otro.

Cuando eso sucede, se sostiene que entre los dos supuestos de hecho abstractos subsiste una relación de especie género, o sea de especie a especie: de modo que una de las dos normas es "especial" (o "particular"), respecto a la otra que es en cambio, respecto a la primera, (más) "general".

i. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales) implícitas.- Dos normas son implícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hechos abstractos diversos, caracterizadas por propiedades conceptuales discordantes pero no recíprocamente exclusivas de modo que, el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluida en aquella de la otra norma, y viceversa, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se intersectan.

En particulares circunstancias, teniendo en consideración a las propiedades definitorias de los respectivos supuestos de hecho abstractos y su respectiva

extensión, se puede sostener que una de las normas sea una "norma (de derecho) común", aquella con la extensión mayor o estadísticamente más significativa) y la otra sea en cambio, respecto a la primera, una "norma excepcional".

iv. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales) explícitas.- Dos normas son explícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, caracterizadas por conjuntos de propiedades no recíprocamente exclusivas, en las cuales figuran al menos una propiedad común de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluido en la otra norma, y viceversa (imagen de los dos círculos que se intersectan).

v. Antinomias por exclusividad bilateral.- Dos normas son incompatibles por exclusividad bilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica, ambas a título exclusivo, en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes). Cada norma, pone una distinta condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica.

vi Antinomias por exclusividad unilateral.- Dos normas son incompatibles por exclusividad unilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes), pero una de ellas a título exclusivo. Una de las dos normas pone una condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica; con tal que la otra norma ponga, en cambio, una condición suficiente, pero no necesaria, de la misma consecuencia.

B. Antinomias en abstracto, antinomias en concreto.- Las antinomias absolutas, relativas unilaterales, relativas bilaterales explícitas, por exclusividad bilaterales y

por exclusividad unilaterales son *antinomias directas, o en abstracto*, por lo que el conflicto entre las dos normas consideradas de vez en cuando depende, directamente, de su contenido: en particular, del modo en el que son caracterizados los supuestos de hechos abstractos y/o del tipo de conexión lógico-sintáctica que transcurre entre los supuestos de hechos abstractos y las respectivas consecuencias jurídicas.

Son antinomias indirectas en concreto, o eventualmente las antinomias parciales bilaterales implícitas. En este caso, dadas dos normas que reconocen consecuencias incompatibles en supuestos de hecho abstractos diversos, individuales de propiedades conceptualmente discordantes, pero no recíprocamente exclusivas, se puede abstractamente individualizar la clase de los casos en el que las dos normas confluyen, utilizando la técnica del combinado dispuesto: o bien sea, deduciendo de las dos normas una tercera norma, compleja, que resulta de la conjunción, respectivamente, de los supuestos de hechos condicionantes y de las consecuencias jurídicas de las dos normas (simples) de partida (pp. 274-290).

2.1.7.5. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas.

Sostiene Chiassoni (2010) que las situaciones que forman parte de las antinomias impropias son situaciones que merecen atención en sede de análisis de los razonamientos judiciales: en sí y pos sus conexiones con las antinomias lógicas. Por ello produciendo algunas modificaciones a la taxonomía de Engisch, es posible distinguir, acerca de la incompatibilidad lógica (y de las antinomias lógicas), no menos de otras cuatro formas de incompatibilidad normativa:

a) *Antinomias pragmáticas*.- Entre dos normas subsiste una incompatibilidad pragmática o sea una relación de incongruencia instrumental absoluta cada vez que una de las dos normas prescriba comportamientos, o se constituyan estados de cosas,

cuya existencia sea (configurable como) una condición optativa respecto a la realización del fin prescrito por la otra norma.

b) *Antinomias instrumentales*.- Subsisten cada vez que una norma (instrumental) prescriba o constituya condiciones no ya impedidas, insuficientes respecto al objetivo prescrito por una norma final. Eso equivale a sostener que la norma instrumental se funda sobre un juicio empírico (anancástico o probabilístico) de adecuación instrumental que es falso, o de todos modos infundado.

c).*Antinomias axiológicas*.- Subsiste una incompatibilidad axiológica entre dos normas, cuando ellas reflejan las valoraciones que son comparativamente incongruentes respecto a una escala de valores comunes. Eso ocurre, cuando las consecuencias jurídicas que las dos normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no sean (afirmadamente) congruentes respecto al valor, o disvalor, relativo de los dos supuestos de hecho, que puede ser estimado en base a la (presunta) escala de valores comunes.

La configuración de antinomias axiológicas es una operación que exige "verificaciones" (de la escala de valores comunes; del valor/ disvalor relativo de los singulares supuestos de hecho; del valor/disvalor relativo de las consecuencias jurídicas) que pueden ser altamente opinables y tales de consentir fatalmente a los operadores de proyectar las propias escalas de valores (los propios principios de política del derecho) sobre los materiales jurídicos utilizados.

d) *Antinomias teleológicas*.- Subsiste una incompatibilidad teleológica entre dos normas, si: cada una de las dos normas es una norma final, que prescribe realizar un determinado objetivo (en una medida dada, y/o razonable, y/o razonablemente apreciable); y no es posible realizar conjuntamente los dos objetivos en la medida

(considerada) apropiada, porque la consecución del objetivo puesto por una de las dos normas obstaculiza la consecución del objetivo puesto por la otra.

i. *Una antinomia teleológica* es absoluta, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido de la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa.

ii. *Una antinomia teleológica es parcial unilateral*, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido por la consecución del fin prescrito por la otra norma, pero no viceversa. Nos son en efecto, por hipótesis, de los modos de perseguir este último fin que no interfieren negativamente con la consecución del otro fin.

iii. *Una antinomia teleológica es parcial bilateral*, cuando la consecución del fin prescrito por una de las normas está solo en algunos casos impedida la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa (pp. 290-297).

2.1.7.6. Verificación de los conflictos normativos (antinomias e interpretaciones).

No son buenas razones para sostener que, ciertas condiciones, las antinomias sean variables dependientes de la interpretación, tal como lo señala Chiassoni (2010) dependería en efecto de la interpretación su verificación, y/o su eliminación (cuanto menos en vía preventiva), y/o su creación. Por lo que la tesis según la cual las antinomias son variables dependientes de la interpretación puede estar de acuerdo en (al menos) dos modos diversos: a) como una tesis de teoría de las normas jurídicas; b) como una tesis de teoría de la interpretación (la cual presupone la adhesión a la tesis precedente de la teoría de las normas.

Las normas son variables dependientes de la interpretación (en tanto tesis de la teoría de las normas).- Las normas jurídicas son esencialmente de dos tipos: normas explícitas y normas implícitas. *Son explícitas las normas* que son (configuradas o configurables como) el significado (o mejor: uno de los posibles significados) de una disposición (comprendiendo por "disposición", cualquier enunciado del discurso de fuentes).

Son en cambio *implícitas las normas* que: no son (configuradas o configurables como) el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición; son en cambio individualizadas sobre la base de una o más normas dadas. En relación a lo manifestado, refiere Chiassoni (2010) lo siguiente:

Antinomias entre normas explícitas.- Por definición, cada una de la dos normas incompatibles es (configurada o configurable) como el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición. Si se conviene en llamar "interpretación textual" a la actividad que consiste en determinar el significado (presentado o presentable como jurídicamente correcto) de una disposición, entonces se puede afirmar en un primer sentido, débil si se quiere que las antinomias explícitas sean, indirectamente, de las variables dependientes de la interpretación (textual): tales incompatibilidades transcurren en efecto entre normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin tener previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

Antinomias entre normas implícitas.- Sean indirectamente, de las variables dependientes de la interpretación (metatextuales) tales incompatibilidades transcurren en efecto entre normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin haber previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

Las antinomias son variables dependientes de la interpretación (en tanto tesis de teoría de la interpretación.- La interpretación juega un rol relevante, en el segundo de los casos, en el verificar, y/o en el crear, y/o en el prevenir (eliminar preventivamente) antinomias.

Primera interpretación de las disposiciones: compatibilidad absoluta, incompatibilidad relativa, incompatibilidad absoluta.- En la fase de primera interpretación, el intérprete atribuye a cada una de las dos disposiciones previamente individualizadas en cuanto prima facie relevantes para la solución de una quaestio iuris, abstracta o concreta un primer significado, sobre la base de las directivas primarias del código interpretativo que considera necesario u oportuno utilizar.

Los resultados de la fase de primera interpretación, desde el punto de vista de una fenomenología de las antinomias, pueden ser esquemáticamente, los siguientes:
Compatibilidad absoluta: Todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son compatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición;
Incompatibilidad absoluta: todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición; *Incompatibilidad relativa*: algunos de los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con algunos de los significados adscribibles a la otra disposición.

Re – interpretación de las disposiciones.- Dado los posibles resultados de la fase de primera interpretación, en la fase de re-interpretación, o interpretación considerada en su totalidad, de las dos disposiciones, el intérprete, en la segunda de

las circunstancias y según lo que considera necesario u oportuno hacer, alternativamente:

i. Creación de una Antinomia.- Se puede hablar de creación de una antinomia en dos situaciones: cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad relativa entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones; y cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de compatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.

La creación en sentido fuerte de una antinomia implica que el intérprete modifique el propio código interpretativo, utilizando directivas primarias diversas de aquellas usadas en la fase de primera interpretación; o bien que, teniendo firme el código interpretativo originario, emplea las mismas directivas teniendo en cuenta, sin embargo, los diferentes datos.

ii. Prevención de una Antinomia.- Se puede hablar de prevención de una antinomia, igualmente, en dos situaciones: cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad relativa entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones; o cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.

iii. Verificación ponderada de una antinomia.- Se puede hablar de verificación ponderada de una antinomia, cuando: el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por ellas; o cuando la intérprete considera que no subsistan las condiciones para proceder a la prevención (en sentido fuerte) de la antinomia, ya sea

modificando el código interpretativo originario, ya sea teniendo en cuenta datos diferentes en el empleo de las mismas directivas primarias.(pp-299-307).

2.1.7.7. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias.

Los criterios de resolución de las antinomias pueden ser comprendidas como cualquier particular conjunto de metanormas, cuya función consiste en establecer cual, entre las dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre la otra y; en qué modo debe prevalecer, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, es decir sectores o bajo sectores de un ordenamiento jurídico.

Según la propiedad que considera relevante a fin de establecer la prevalencia de una norma sobre la otra los criterios de resolución de las antinomias pueden ser repartidos en dos clases.

De una parte son *los criterios no-contenidos o formales* (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender de propiedades de las normas concluyentes diversas de su contenido, siendo los criterios jerárquico, competencia y cronológico); en tanto que *los criterios contenidos o sustanciales* (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender, de propiedades referentes a su contenido, siendo los criterios de especialidad, excepcionalidad y axiológico. Estos últimos criterios sustanciales son solamente considerados como metanormas de segundo nivel, que establecen cuál de las dos normas incompatibles de primer nivel debe prevalecer.

A. Criterios de resoluciones formales: Según Chiassoni (2010) dichos criterios formales establecen la prevalencia, entre dos normas incompatibles, de la norma que posea una clara propiedad, que no refiere en verdad prescinde totalmente de su contenido:

El criterio jerárquico.- o criterio de la fuente solamente expresado con el vocablo: Lex superior derogat legi inferiori la verdadera fuerza por la cual una norma prevalece sobre otra norma, incompatible con ella, consiste en la pertenencia a una determinada fuente que, en la jerarquía axiológica de las fuentes, se sitúa sobre un nivel superior. El sometimiento, en el caso en revisión, se comprende que implica la invalidación de la norma inferior.

La expresión "lex superior" (norma superior significa aquí norma que vale más que otra en virtud de la (su pertenencia a una clara) forma iuris (que vale más) y, paralelamente, "lex inferior" norma inferior, que vale menos que otra en virtud de la (su pertenencia a una clara) forma iuris (que vale menos).

El criterio de competencia.- Dadas dos normas incompatibles, la norma que pertenece a la fuente competente a disciplinar una materia prevalece sobre la norma que pertenece a la fuente incompetente. La determinación de los efectos del sometimiento estatuida en aplicación del criterio de competencia es un hecho del todo contingente, que depende de la estructura de los ordenamientos y de las construcciones dogmáticas de los juristas y de los jueces.

El criterio cronológico.- tradicionalmente expreso con el vocablo: lex posterior derogat legi priori la propiedad a fuerza de la cual una norma prevalece sobre la norma, con ella incompatible, consiste en el hecho que la primera hubiese sido producida en un momento sucesivo.

Asimismo cabe señalar que se comprende que el efecto de la aplicación del criterio cronológico consiste en la abrogación de la norma sometida (abrogación tácita por incompatibilidad). Sin embargo permanece el problema, además, si la abrogación colisiona la norma antecedente (explícita o implícita) o sea, en el caso de

una norma antecedente explícita, la disposición por la que tal norma puede ser obtenida. La elección entre las dos opciones depende, además, por consideraciones dogmáticas atinentes al "peso" comparativo del dogma de la coherencia, del "argumento de la coherencia" y del principio de conservación de los documentos normativos.

Finalmente el criterio cronológico se aplica para resolver las antinomias entre normas contemporáneas, pertenecientes a la misma fuente o bien a fuentes diversas, pero equiordenantes.

A. Criterios de resoluciones sustanciales.- La propiedad considerada determinante para establecer la prevalencia de una norma sobre la otra refiere al contenido de las dos normas: su respectivo valor, en la perspectiva del ordenamiento, depende precisamente por eso.

i. **El criterio de especialidad.-** El criterio de especialidad tradicionalmente expresado con el vocablo: lex specialis derogat legi generali establece que, dada una incompatibilidad normativa, la norma que disciplina la especie prevalece sobre la norma que disciplina el género en la cual aquella especie está incluida. Sirve típicamente para resolver las antinomias relativas unilaterales (las antinomias totales-parciales de Ross) y comporta la abrogación parcial (o derogación) de la norma general.

La aplicación del criterio de especialidad es pacífica en cuanto concierne a las antinomias entre normas que sean contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente. Fuera de estos casos, la aplicación del criterio de especialidad interfiere fatalmente con aquella del criterio cronológico (normas especiales anteriores y

congéneres), del criterio jerárquico (normas especiales inferiores), y del criterio de competencia (normas especiales pertenecientes a una fuente incompetente).

ii. **El criterio de excepcionalidad.-** Es a menudo confundido con el criterio de especialidad, y por eso, a veces se le hace referencia usando el mismo vocablo: Lex specialis derogat legi generali.

Encuentra aplicación en presencia de antinomias distintas de aquellas a las cuales se aplica el criterio de especialidad, así como también puede servir para resolver antinomias parciales bilaterales (antinomias parciales-parciales de Rosss de los dos tipos primero considerados), y además las antinomias por exclusividad unilateral.

Al parecer sirve pacíficamente para resolver antinomias entre normas que sean: contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente o sea a fuentes equiordenantes, y tiene por efecto la parcial abrogación (derogación) de la norma común.

iii. **El criterio axiológico.-** Es un criterio residual, que encuentra aplicación en el caso de que no sea posible aplicar los otros criterios considerados. Se piensa en un conflicto entre dos normas que sean, por un tiempo: congéneres o, pares ordenados y equicompetentes, contemporáneas, no en relación de especie a género, ni finalmente, en relación de excepción a norma común.

iv. Este puede ser usado, además, como un metacriterio de resoluciones de las antinomias entre criterios: como se ha visto tratando del conflicto entre criterio de especialidad y criterio cronológico (pp. 310-316).

2.1.8. El derecho a la debida motivación.

2.1.8.1. Importancia de la debida motivación.

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas.

Por ello el razonar del juez es un continuo ejercicio por construir buenas razones, por edificar permanentemente el respeto por las reglas de la lógica y por lograr una pretensión de corrección que finalmente persuada, es aquí donde se expresa con calidad propia una decisión judicial.

2.1.8.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces.

En cuanto a la labor de nuestros jueces y fiscales en cuanto a la construcción de sus decisiones judiciales deben ir siempre acompañadas por los estándares de la lógica como de una adecuada justificación de argumentos.

Por ello el razonamiento de las premisas puede llevar valederamente a una conclusión, encontrándose el valor de la lógica para la disciplina del derecho en general, que exista una congruencia de conclusiones valederas. Sin embargo la lógica solo nos garantiza la validez formal de las premisas, es decir, sus asertos, pero no

garantiza la verdad material de estas, lo que nos llevaría a cerciorarnos de que las premisas sean realmente verdaderas, es decir a una constatación de las premisas.

Tal como sostiene Figueroa (2014), ante una adecuada secuencia en la construcción del razonamiento jurídico se requiere cual es la adecuada justificación de las decisiones judiciales expresada en respectivos argumentos, por ello es importante tener en consideración los siguientes aspectos relacionados al tema:

i. El ordenamiento jurídico.- La visión de un ordenamiento jurídico al desarrollar los jueces un ejercicio argumentativo reviste de enorme importancia, por lo que se comparte con Bobbio en el que el ordenamiento jurídico goza de tres caracteres esenciales:

De unidad.- Las diversas normas y leyes existentes, forman un todo armónico con la Constitución, en el sentido que todas las reglas, aun las que pudieran en determinado momento colisionar con la misma, forman una unidad representativa, en la cual en la cúspide la Constitución no es solo una norma más, sino la norma que realmente vincula a todos los poderes y por consiguiente, a todas las normas con rango de ley y administrativas. Resolviendo los jueces las controversias en función al ordenamiento jurídico como un todo.

De coherencia.- En razón de que el todo armónico puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, normas que eventualmente pueden llegar a contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, siendo resueltas por los jueces del estado constitucional de diversas formas: por métodos de solución de antinomias bajo criterios lex superior derogat inferior, lex posterior derogat anterior o lex specialis derogat generalis cuando trata de conflictos normativos, o bajo otros parámetros: ponderación y principio de

proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios.

Frente a lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico, estos deben ser cubiertos, razón por la cual ante los conflictos normativos o colisiones de principios, el juez ante la no presencia de una norma-regla, ley o reglamento que pueda resolver la controversia, tendrá que invocar principios, entendidos como mandatos de optimización, para poder dar solución al conflicto, más aún si se trata de derechos fundamentales. Por eso se debe entender a la teoría del Derecho Constitucional, como una teoría de la integración, en el sentido que siendo insuficiente resolver los conflictos con la ayuda de normas-regla, deba acudirse a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

i. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.- *El contexto de descubrimiento* no asume relevancia en la argumentación constitucional de los jueces en tanto no es exigible, racionalmente, la explicación de por qué se adoptó una u otra posición interpretativa, pues en gran medida, este tipo de contexto tiene lugar respecto a los criterios de valoración del Juez, a su formación, a su propia idiosincrasia frente a determinados problemas, a cómo ve un determinado problema con relevancia constitucional, entre otros fundamentos de su fuero interno. En ello no puede realizarse un escrutinio de fondo de la decisión pues en este caso, el derecho es explicación, solamente es una enunciación de posición.

Contexto de justificación.- Asume relevancia jurídica en tanto el juez debe explicar, sustentar y argumentar por qué su decisión asume el sentido finalmente adoptado. Es decir; exigencia y requerimiento de fundamentar las decisiones.

Sin embargo, en el contexto de justificación, el juez, se ve impelido para expresar, una a una, las razones, normativas, fácticas o de principios, que le conceden fuerza a su decisión y que propiamente satisfacen la exigencia de una justificación. Si la decisión judicial adolece de estas condiciones mínimas, existe la posibilidad del ejercicio de la corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias.

ii. Justificación interna y justificación externa.- En el plano de *justificación interna* se analiza si el fallo ha sido cuidadoso en no entrar en contradicciones manifiestamente incongruentes; es decir se llega a verificar si las premisas fácticas de vulneración de un derecho fundamental se adecúan y tipifican dentro de la norma tutelar constitucional o infraconstitucional.

Por ello se debe apreciar un número considerable de razones que exigen ser delimitadas a través de un ejercicio lógico que denote que efectivamente hay una secuencia de congruencia, de íter procedimental lógico y que no han producido cuando menos contradicciones entre las premisas mayores y las premisas fácticas, o entre los principios rectores de tutela y las circunstancias de hecho expuestas.

En otro ámbito *la justificación externa*.- es una justificación material de premisas: implica un ejercicio de justificación que bien podría ser óptimo cuando justifica su decisión en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, o bien cuando recurre a un ejercicio mínimo suficiente de la justificación, es decir, aporta cuando menos una sustentación que satisface los requisitos liminares de una justificación suficiente.

En la justificación externa, atendemos fundamentalmente a que en los casos en sede constitucional, los principios que justifican la decisión hubieren sido

óptimamente delimitados, y que los hechos que rodean el caso, hubieren correspondido a una adecuada enunciación fáctica. Solo en esos casos, puede entenderse debidamente cumplido el ejercicio de la justificación externa (pp. 18-23).

2.1.9. La estructura de la sentencia casatoria.

2.1.9.1. Etimología.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La voz "sentencia" deriva del latín "*sentiendo*" porque, se entendía que en ella, el Juez tiene que expresar lo que auténtica y personalmente siente, frente a las alegaciones y probanzas de las partes. Ese concepto ha evolucionado, y hoy la Sentencia expresa la conformidad o disconformidad de una pretensión con el Derecho objetivo o la desestimación de la pretensión.

La sentencia es el resultado de una operación mental, sujeta a un juicio lógico, que es obra del Juez, pero a la que el Estado le presta el apoyo de su fuerza coactiva: La sentencia no contiene otra voluntad que la de la Ley, traducida en forma concreta al caso sujeto a juzgamiento. Así, la aplicación particular del Derecho queda elevada a una categoría abstracta, que no ve en ella la actuación de una persona determinada, sino una expresión de la vigencia de una norma jurídica (p. 103).

2.1.9.2. La determinación de los hechos.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La determinación del juicio de hecho es de la mayor importancia, pues de ello sigue su interpretación y la labor de subsunción.

La Corte Suprema, entonces, recibe los hechos como se han establecido en las instancias de mérito, en base a la apreciación probatoria.

El Tribunal Supremo no puede modificar la relación la relación fáctica establecida en la instancia, no puede realizar averiguaciones de hecho, ni valorar nuevamente la prueba.

No hay casación respecto de la relación de hecho determinada por los jueces de mérito; salvo, por supuesto, casos de arbitrariedad manifiesta, que pueden ser denunciadas en la causal del inciso tercero con relación a la motivación de la sentencia, como se tratará más adelante.

Cuando la casación se declara procedente por afectación del derecho al debido proceso o infracción de las formas esenciales para la eficacia y la validez de las resoluciones, la sentencia en casación puede resultar anulando lo actuado y retrocediendo el proceso al estado de emitir una nueva sentencia, en primera o en segunda instancia según el alcance de la nulidad, lo que podría llevar a que en el nuevo pronunciamiento se establezca una nueva relación de hecho, pero siempre en las instancias de mérito, y no en casación (p. 110).

2.1.9.3. La interpretación de los hechos.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Los hechos, en la realidad; no dicen nada.

La ley los hace hablar, ya que propiamente el Juez no conoce hechos reales, sino los que ha reconstruido merced a un proceso de selección dirigido desde la propia ley; pero esa dirección no es completa ni elimina las valoraciones subjetivas. Primero porque los hechos establecidos deben ser interpretados, y segundo, porque en este punto son atendibles algunos planteamientos hermenéuticos acerca del valor de la experiencia en el proceso de comprensión y de lo que ésta significa (p. 113).

2.1.9.4. La subsunción.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

El Hecho y el Derecho son dos campos diferenciados e independientes; se pueden representar como dos planos superpuestos en el proceso, en el que el Derecho está para regir los hechos, y estos son precisamente, el fin y objeto de la aplicación del Derecho.

Es clara la distinción entre hecho y Derecho. Por ejemplo, en la Teoría del error, se distingue el error de hecho del de Derecho.

Determinados los hechos, esto es los hechos relevantes, los hechos con trascendencia jurídica, se ha culminado una etapa fundamental. La siguiente es la aplicación de la ley al hecho, que concierne a la combinación de lo abstracto y de lo concreto.

El Juez de mérito debe buscar la norma pertinente a estos; aquella norma que los haya previsto. Subsumir según la definición del DRAE, es considerar algo particular sometido a un principio o norma general.

La subsunción se cumple cuando el Juez establece que el hecho que ha determinado, como consecuencia de la apreciación probatoria, se encuentra previsto en la hipótesis de la norma, la que en consecuencia es de aplicación para resolver la cuestión litigiosa debatida y sometida a su decisión.

El Juez, observador imparcial de la conducta ajena, considera la ley y los hechos que deben ser puestos en relación. La voluntad de la Ley se individualiza cuando los hechos corresponden a su hipótesis, y como consecuencia el Juez establece la certeza del comportamiento que otros debieron tener en ejecución o aplicación de dicha norma.

Este es el juicio, sin el cual no podría la ley obrar. Es el juicio que compone el Derecho (la ley) y el hecho.

Mas el Derecho tiene muchísimas lagunas, pues no puede prever todos los casos de conflicto entre los individuos. Esos vacíos se llenan con la "integración" incorporando el juez ingredientes creativos, caso en el cual se hace de aplicación el principio de "Plenitud", ya referido, en virtud del cual la ley no reconoce vacíos (pp. 114-115).

2.1.9.5. Motivación de la sentencia.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Quien tiene que tomar una decisión importante, reflexiona, sopesa las distintas alternativas y las consecuencias de su posible decisión, y finalmente adopta una de ellas. En la vida cotidiana las decisiones importantes, generalmente, se adoptan como consecuencia de un proceso racional. Entonces, con cuanta mayor razón, para dictar una sentencia, se deben examinar cuidadosamente las cuestiones planteadas y hacer explícito ese análisis. La práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar (pp. 115-116).

La exigencia de la fundamentación de las sentencias es una conquista de la humanidad, y hoy se lee en los pactos internacionales sobre derechos humanos, como el de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La fundamentación es obligatoria en todas las resoluciones judiciales, sean de primera o segunda instancia, o de casación. No es necesaria en decretos de mero trámite.

Como ya se ha señalado línea arriba, el Superior está facultado para revisar la apreciación probatoria y como consecuencia de ello modificar las cuestiones de hecho y el derecho aplicado.

Si el Superior, al absolver la apelación, coincide con la apreciación probatoria y fundamentación de la apelada, no tiene objeto ni utilidad que repita una fundamentación que es suficiente, o que agreguen motivos rebuscados, superfluos o en abundancia y por tanto innecesarios. Nuestros legisladores no lo han entendido así y por ley N° 28490, publicada el 15 de abril del 2005 han modificado el art. 12 de la LOPJ para establecer que en segunda instancia, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente. Esta ley constituye una intromisión en la labor jurisdiccional, pues literalmente está diciendo que la motivación de una sentencia de primera instancia, por el hecho de ser apelada no es suficiente, y expresa idea, bastante difundida, que los jueces de revisión no estudian los casos, lo q1ue revela desconocimiento de la labor de los vocales superiores. (pp. 117-118).

2.1.9.6. Fines de la motivación.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La doctrina reconoce como fines de la motivación:

a) Que el Juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y de la comunidad en conocerlas. Como anota Marcello, la motivación es el instrumento que garantiza el control democrático difuso sobre los fundamentos y legalidad de la decisión.

b) Que se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho. En ese punto resguarda el principio de legalidad;

c) Que las partes, y aún la comunidad, tengan la información necesaria para recurrir la decisión, en su caso; y

d) Que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

A los que cabe agregar:

e) Para conocer si el Juez ha interpretado correctamente los hechos establecidos; y

f) Si ha aplicado con acierto la ley a los hechos establecidos.

La motivación sirve a las partes en el proceso, a la ley, a la justicia y a la sociedad entera.

Se trata de que el proceso de aplicación del Derecho sea explícito, público y transparente, y no permanezca en el secreto o en el misterio; y que en la propia Resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran pertinentes al caso. No se trata de que se escriban largos y rebuscados fundamentos, sino que los expuestos den suficientes sustento a la decisión adoptada.

En varias Ejecutorias de la Corte Suprema, se ha señalado que la motivación de la sentencia es la forma como el Juez persuade de su justicia y que la motivación de la sentencia s el canal de la legitimación de la decisión (pp. 119-120).

2.1.9.7. La clasificación de los fundamentos de la sentencia.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Este es un aspecto de suma importancia para los efectos del planteamiento del recurso de casación. Una sentencia puede tener varios fundamentos: algunos serán principales y otros secundarios o en ambulancia.

Serán fundamentos secundarios aquellos principales, se incurre en algunos de los errores sustantivos previstos como causales del recurso de casación, la sentencia quedará sin sustento, será casada, (anulada o rescindida) y la Sala de Casación, actuando en sede de instancia sustituirá el pronunciamiento de mérito, emitiendo un nuevo pronunciamiento de fondo.

Esta distinción es fundamental para los efectos del planteamiento del recurso de casación. Por eso, desde ahora se señala, que el recurso de casación debe estar dirigido a desvirtuar, atacar e impugnar los fundamentos jurídicos principales de la resolución superior y por supuesto a los secundarios; pero si solo se impugna los secundarios, de un lado se estimará que han quedado consentidos los fundamentos principales, y de otro, como la sentencia tendrá sustento suficiente en los argumentos principales, y de otro, como la sentencia tendrá sustento suficiente en los argumentos principales, el recurso será calificado como improcedente. El Art. 388 en su Inc. 3 exige demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada (p. 121).

2.1.10. El razonamiento judicial.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil exigen que la sentencia sea motivada. Esta es una garantía que debe cumplirse, pero que además es fundamental para la casación, puesto que esta

examina el proceso constructivo de la sentencia, su fundamentación y la interpretación judicial de las normas.

En el tiempo se han formulado diversas teorías sobre la forma en que se constituye la fundamentación de una sentencia (p. 125).

2.1.10.1. El silogismo.

El primero que relacionó el razonamiento judicial con el silogismo aristotélico fue Cesare Bonesano, Marques de Beccaria, en su obra, "Tratado de los Delitos y las Penas", publicado por primera vez en 1764, quien escribió: "*En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena*" (p. 15).

Esta teoría fue desarrollada ampliamente por los juristas que le siguieron, como se aprecia en el tratado de Claude Du Pasquier, profesor de la Universidad de Neuchatel, quien sostiene que el silogismo judicial importa un paso de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, en suma es una deducción, y que esa aplicación del Derecho al hecho se llama "subsunción". (Citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009).

2.1.10.2. La importancia del razonamiento jurídico.

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

Tanto en cuanto a la fundamentación de la sentencia, para su elaboración por los jueces y su análisis tanto por los abogados como por el Tribunal de revisión, y por su necesario referente para las denuncias que se formulan en el recurso de casación y la fundamentación correspondiente de éste, puesto que como se anotó, la

argumentación expuesta en el planteamiento del recurso de casación, es una propuesta de fundamentación de la sentencia de casación que se quiere alcanzar.

Lo que se ha adquirido trasmitir es la importancia de la argumentación jurídica en la estructura de toda sentencia, que desde el luego escapa a los estrechos moldes del silogismo, pero que necesariamente debe andar de la mano de la lógica, utilizando todas las técnicas argumentativas permitidas. La conclusión de este tema es que la estructura de una resolución judicial está formada por un sinnúmero de silogismo, razonamientos destinados a justificar una decisión y consecuentemente su dominio es sumamente importante, no solo para los jueces, sino y en este caso para los abogados que preparan un recurso de casación.

Los fundamentos de la sentencia deben estar hilvanados lógicamente, en forma deductiva, a fin de poder seguir y analizar la línea de pensamiento que siguió el juez (pp. 133-134).

2.1.10.3. El control de la logicidad.

Siguiendo al mismo autor:

En casación es posible efectuar el control de logicidad de las premisas de una sentencia, y en este sentido, siguiendo a Olsen A. Ghiradi, los errores in cogitando se clasifican como:

a) ***Motivación aparente***, que se evidencia cuando los motivos de la sentencia se reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien, en formulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso, o que nada significan por su ambigüedad o vacuidad.

b) ***Motivación insuficiente***, que resulta cuando el fallo no evidencia un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y no

deriva de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas se vayan determinando; o cuando cada conclusión negada o afirmada, no responde adecuadamente a un elemento de convicción.

c) *Motivación defectuosa*, que se evidencia cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de experiencia.

Los errores "*in cogitando*" deben ser denunciados por la parte interesada como de Afectación del Derecho al Debido Proceso, y fundarse en cuestiones adjetivas y no en temas de fondo del asunto, pretendiendo un revisión o reexamen de la prueba o modificación de la relación de hecho establecida en la instancia. (p. 134-135).

2.1.11. Las Normas Legales.

2.1.11.1. Las normas.

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

Una norma jurídica es un precepto, dictado por autoridad competente, que establece determinada regla, a la que se deben ajustar las conductas, actividades y tareas de las personas, naturales o jurídicas, y tienen como fin asegurar la delimitación y la coordinación de los intereses, tantos privados como públicos: en otras palabras asegurar la convivencia social. Su camino es el interés protegido y su meta es la paz jurídica.

La norma determina exteriormente y de modo incondicionado la libre voluntad humana. Una norma es un mandato emanado del Estado. La libertad absoluta queda encauzada en el marco de un sistema de normas, que en su conjunto forman el Ordenamiento Jurídico, que regula la existencia de la Sociedad y que es el sustento del Estado. La libertad individual queda enmarcada y rige el principio de

acuerdo al cual, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Art. 2, Inc. 24, apartado a. de la Constitución Política del Estado). Este principio no rige para los Organismos del Estado ni para los funcionarios públicos, cuya conducta se rige por el principio de Legalidad, de acuerdo al cual solo pueden actuar y ejercer las facultades que expresamente le señale la Ley (Art. 40 de la Carta Política).

La norma jurídica contiene tres elementos que la caracterizan:

a) Constituye una regla, que es la expresión de un estado de la conciencia colectiva en determinado momento, que integra y corresponde al Ordenamiento Jurídico que rige la vida en sociedad, y a la que debe ajustarse la conducta humana.

b) Constituye una orden, lo que supone la posibilidad de hacerla cumplir imperativamente, aún contra la voluntad de los sujetos.

c) Contiene la garantía de su eficacia, lo que no necesariamente significa una coacción, pues a veces contiene la promesa de un beneficio, que constituye un estímulo para su ejecución.

Las normas jurídicas, según su naturaleza y para los efectos de nuestro estudio, se clasifican en materiales o sustantivas y procesales o adjetivas. (pp. 139-140).

2.1.11.2. Clasificación de las normas.

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

De acuerdo a su naturaleza de las normas son sustantivas o procesales. Esto se determina con independencia del cuerpo legal en que se ubique. Así, el código civil también contiene normas procesales.

Para Carnelutti, las normas jurídicas pueden agruparse en dos categorías:

a) Una resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas.

b) Otras disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionarlo.

Las primeras actúan sobre la *Litis*, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación, las segundas regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo para el efecto un poder jurídico a un determinado sujeto.

Gayo escribió: todo el Derecho que usamos concierne, bien a las personas, bien a las cosas, bien al procedimiento. *"Omne ius, quo utimor, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones"*.

Las normas de derecho sustantivo o material, son aquellas que establecen derechos y obligaciones para las personas; son sustantivas porque existen de manera independiente y son materiales, porque son reales en el sentido de su existencia. Normas adjetivas, procesales, formales o instrumentales, son aquellas que establecen reglas para el actuar de las personas en los procesos, sea judicial o extrajudicial; son las formalidades que se deben cumplir al realizar determinados actos procesales. (p. 141).

2.1.11.3. Normas de derecho objetivo.

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

El Art. 384 se refiere al Derecho Objetivo, pero en los Arts. 396 se refiere a infracción de norma de derecho material.

La Corte Suprema, en las Casaciones Nº 1633-96 de 25 de abril de 1998, Nº 3232-98 de 13 de 13 de enero de 1999 y 92-99 de 27 de enero del mismo año, ha señalado:

"Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y

reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas y que su naturaleza se aprecia independientemente de Cuerpo Legal en que se encuentre. Esto se determina por el análisis de la propia norma".

Las normas materiales pueden solucionar el conflicto de dos maneras: protegiendo el interés del individuo independientemente de su voluntad o subordinado esa protección a la voluntad del titular del interés, de tal manera que la obligación nace, se cumple o se extingue en cuanto él lo consienta.

Téngase presente que todas las normas que contiene el Código Civil no son de derecho material. El Código Civil contiene numerosas normas procesales (p. 143).

2.1.11.4. Normas procesales.

Siguiendo al mismo autor:

El derecho procesal está dado por el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las normas sustantivas. También son normas procesales las que señalan las formalidades que se deben cumplir en determinados actos.

> Para el interés del recurso de casación, norma procesal es, en consecuencia aquella que establece reglas para la actuación del juez de las partes y aún de terceros. Las normas del código procesal civil son de ese carácter.

2.1.12. Las causales sustantivas.

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

Las causales que señala el Art. 386 deben concordarse con los fines de la casación, pues estos determinan la premisa y finalidad que debe enmarcar todo el concepto de la casación peruana.

a) La primera causal se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.

"Infracción es un sustantivo, de raíz latina *"infractio"*, que significa trasgresión o quebrantamiento de una ley. Es el género de las causales clásicas y puntuales: interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación. Por concordancia, entre ambos preceptos, el concepto de infracción, tiene que referirse a la no adecuada aplicación del derecho objetivo, y siempre que esto incida directamente sobre la decisión (p. 155).

2.1.12.1. La aplicación indebida.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

Hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia. El juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma. La norma elegida no corresponde al hecho establecido.

También se llama "falsa aplicación de la ley", y es un error de subsunción del caso particular con una norma impropia; con la que no tiene relación de causalidad. Los efectos jurídicos establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto en la norma.

Es error común en esta causal que el recurrente la fundamente con relación a los hechos que él considera que no han sido probados en el proceso.

En esta situación también se ubican:

a) La aplicación de una norma ya derogada, salvo el caso de ultractividad prevista en el art. 2120 del CC.

b) La aplicación retroactiva de una norma, con violación también de la prohibición constitucional, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, efectos distintos de aquellos que fueron previsibles dentro del orden jurídico existente en el momento de producirse.

c) Igualmente sería el caso de aplicación de una norma legal foránea, esto es correspondiente a un ordenamiento jurídico ajeno, o inexistente para el ámbito nacional (pp. 157-158).

2.1.12.2. La interpretación errónea.

El juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado, y por una interpretación defectuosa le da un sentido o alcance que no tiene. Este es un error que tiene correlato, pues afecta la subsunción.

Es el error sobre el sentido, sobre el contenido o significado de una norma jurídica. Se verifica en todos aquellos casos en que el juez, aun reconociendo la existencia y la validez de la norma pertinente al caso, yerra interpretándola y le da un sentido que no le corresponde.

Esto tiene que ver con la interpretación jurídica, para lo cual se utilizan las reglas de la hermenéutica. Por lo que toda norma requiere interpretación. Interpretar es encontrar el sentido de una norma, que no puede ser otro, como ya se ha dicho que

el que resulte de armonizarla orgánica y lógicamente con nuestro ordenamiento jurídico.

El órgano jurisdiccional tiene que decidir cuál es el sentido de la norma, definiendo la única la forma de aplicarla con rectitud, estableciendo su sentido sin desviaciones ni errores, y cuando se incurre en ellos, la casación la busca corregirlos, poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia en el juicio, o el exceso.

Es necesario puntualizar que las leyes envejecen, y que por esa razón, la interpretación de una norma podría variar en el tiempo, para adecuarse a las nuevas realidades; a los cambios sociales, económicos, científicos, etc. En estos casos, la Corte de Casación deberá hacer la salvedad en el cambio o modificación de criterio. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, pp. 158-159).

2.1.12.3. La inaplicación.

Esta se presenta cuando el Juez comprueba circunstancias que son supuesto obligado de la aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no la aplica. El juez determina los hechos relevantes que sustentan la relación de hecho, y los califica como consecuencia de lo cual se hace imperativo la aplicación de una norma, en la cual se pueden subsumir, pero el juez no la aplica. El juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente. Este error se comete en la premisa de Derecho generalmente se correlaciona con la aplicación indebida, pues si la norma aplicada también haya dejado de aplicar aquella norma que es precisamente la adecuada.

Por obvias razones, es el menos frecuente, pues implica el desconocimiento del Derecho, que el juez está obligado a conocer. Afecta el principio *"Iura Novit Curia"*; obligatorio para todos los jueces de mérito.

Esto no obstante es frecuente leer en los recursos de casación que se denuncia la implicación de una norma, pero con relación a los hechos que el recurrente considera que él ha probado, lo que importa un pedido de revalorización probatoria ajeo al oficio casatorio, lo que determina la improcedencia del pedido.

Cuando la sentencia declara improcedente la demanda, no contiene pronunciamiento de fondo, y doctrinariamente se considera un fallo inhibitorio. En ese caso, es obvio que la denuncia de inaplicación no tendrá sustento (pp. 159-160).

2.1.13. Las Causales Adjetivas.

Los Arts. 388 Inc. 4 y 396 del CPC, considera como motivo de casación la infracción de una norma procesal que, a su vez es objeto de la decisión impugnada.

Toda infracción a una norma de naturaleza procesal, constituye un *error in procedendo* y debe ser denunciados en esos términos.

2.1.13.1. El debido proceso.

En este caso se habría producido una desviación en el proceso que afecta el derecho de alguna de las partes en el proceso, afectando garantías sustanciales, como los principios de contradicción, bilateralidad, y doble instancia, como más adelante se desarrolla.

De ser declarado procedente el recurso y luego fundado, la consecuencia será una declaración de nulidad de la sentencia de vista y, según corresponda, la insubsistencia de la apelada y aún de lo actuado. En este caso hay reenvío, para que se emita nuevo pronunciamiento, previa subsanación del error procesal que se hubiera señalado.

A diferencia de los otros derechos fundamentales, no tiene un contenido sustantivo propio.

Según Mixan (citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009);

La significación originaria del Debido Proceso: exigencia de mera legalidad, o sea limitación del poder estatal mediante la ley, cuando se trataba de la afectación de los derechos fundamentales (aceptación con la que surgió en el siglo XIII) también ha evolucionado necesariamente con el desarrollo del pensamiento jurídico y político y a la luz de la experiencia histórica, como por las exigencias de la práctica social que aspira una aplicación legítima del Derecho que se concrete en la solución justo de los casos, pues no se trata de un principio exclusivamente jurídico técnico jurídico, sino de un rector esencialmente de relevancia axiológica, política, jurídico e histórica. La aspiración que mediante él se persigue ya no es que simplemente se respete la ley durante el procedimiento, sino, que la actuación procedimental estaré siempre comprometida a aplicar con justicia el Derecho justo evitando en todo tiempo y lugar la práctica del disvalor, impidiendo la infracción o distorsión de los principios de la "administración de justicia" e implica también el deber de evitar el quehacer mediocre y rutinario. Su significado es magnánimo, amplio, profundo e ineludible.

Al finalizar el siglo XX podemos decir que el Debido Proceso exige y exigirá la controversia en la práctica de los principios garantistas que deban operar como sus componentes para que el procedimiento judicial sea siempre: Legal, eficiente, legítimo y eficaz (p. 166).

2.1.13.2. Elementos del debido proceso.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) manifiesta lo siguiente:

a) Derecho a un juez natural.- Art. 139 incs. 1º, 3º y 19º de la Constitución: "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Nadie puede ser desviado de

la jurisdicción predeterminada por la ley, ni juzgados por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y la ley".

Jurisdicción significa *"decir el derecho"*; y es un artículo del Estado que se realiza mediante ciertas personas, que han calificado para ello, a las que se denomina jueces, y que ejercen ese poder especial.

La jurisdicción emana de la soberanía. El juez es el representante del Estado en el proceso. Esto significa la existencia de un juez preconstituido por la ley. Significa también que un ciudadano no puede ser desviado del juez que le corresponde en razón del territorio, turno y cuantía.

b). Derecho a ser oído dentro de un proceso rápido, sencillo y eficaz.- Art. 139 incs. 3º y 14º de la Carta Política: "Ni sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso".

La norma procesal debe estar previamente establecida, y satisfacer el principio de la legalidad, porque las actividades que conduzcan al pronunciamiento jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y con el orden que la ley ha establecido.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido que, como toda norma jurídica debe ser interpretado, no por su letra sino por la inteligencia que surge de ella. Estas formas deben asegurar al justiciable:

1) Noticia fehaciente del proceso y de cada una de sus etapas (citación y notificación);

2) Oportunidad de ser escuchado y participar con utilidad en el proceso, lo que en derecho d sajón se ha denominado "his day in court".

Hay que señalar que, por principio, la nueva norma procesal se aplica al proceso en el estado en que se encuentre. Así lo establece la Segunda Disposición Complementaria del Código Procesal Civil. Así lo estableció el art. 1348 del Código de Procedimientos Civiles de 1911, y la ley de promulgación del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851. La razón estriba en que la nueva ley procesal supone superior a la anterior, que tiene una mejora, un perfeccionamiento, en beneficio de las partes.

Por excepción se ha continuado tramitando por los cauces establecidos en el Código de Procedimientos Civiles los procesos anteriores, y ya han pasado catorce años desde que este se derogó, y aún hay procesos en giro que se rigen por sus normas.

d) ***Principio de imparcialidad, independencia y justicia*.-** Arts. 2 inc. 2º y 139 inc. 2º de la Constitución: "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. A la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones".

Igualdad ante la ley, imparcialidad, independencia y justicia, son conceptos relacionados.

Igualdad significa que en iguales circunstancias todos son tratados de la misma forma, y en el proceso, que todos litigan con iguales derechos y obligaciones. Significa también que se suprimieron los antiguos fueros y privilegios.

Imparcialidad quiere decir que el juez "no es parte"; significa ser ajeno a la situación y conflicto que se presenta; es la falta de designio anticipado a favor o en contra de personas o cosas; es la condición y perspectiva que permite juzgar con rectitud. La imparcialidad se relaciona con la independencia, y con la justicia.

Independencia es condición de la existencia del Poder Judicial. La independencia es respecto de los otros Poderes del Estado, Ejecutivo y Legislativo.

d) Principio de contradicción y derecho a producir prueba.

e) Principio de motivación de las sentencias.

f) Derecho a impugnar toda sentencia; Principio de la doble instancia.

g) Derecho a que todo proceso sea resuelto en un plazo razonable. (pp. 168-177)

2.1.13.3. Las excepciones.

Siguiendo al mismo autor:

Iniciando el proceso, mediante la presentación del petitorio con su sustento en los hechos y en el derecho (demanda), que es la forma en que se ejercita la acción, el demandado puede deducir algunas de las excepciones que enumera taxativamente el Art. 446 del Código y que de declararse fundadas, y según la que se hubiera deducido, produce los efectos que enumera el Art. 451 del Código. Frente a la acción surge la excepción que busca impedirla y destruirla.

La excepción afecta el derecho de acción y por ende la infracción que su resolución podría tener, debe denunciarse como afectación del derecho al debido proceso.

Solo procede el recurso de casación respecto de las resoluciones que resolviendo una excepción la declaran fundada y da por concluido el proceso. Si se declara infundada no hay lugar a recurso, pues el proceso continúa.

Así por ejemplo, si se declara fundada la excepción de prescripción, se anula lo actuado y se da por concluido el proceso. En ese caso, la excepción primó sobre la acción y esta quedó destruida para siempre.

Conforme al art. 1989 del código civil, la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo. En caso de declararse fundadas las excepciones de: incapacidad del demandante o su representante, de insuficiencia de representación, de oscuridad o de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y de falta de legitimidad para obrar del demandado, y el actor no subsana las deficiencias, el auto que a continuación se expide, que declare la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, será recurrible en casación, porque pon fin al proceso (pp. 177-178).

2.2 Marco Conceptual.

Casación. (Derecho Procesal Civil). Proviene la Loc. Lat. "cassare" que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso de un proceso, según Escriche la aplicación procesal de la casación, implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto (Poder Judicial, 2015).

Compatibilidad. Calidad o característica de lo que puede existir o realizarse a la vez que otra cosa.

Expediente. (Derecho procesal) Es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentran consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, los cuales son ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente (Poder Judicial, 2015).

Corte Suprema. (Tribunal Supremo) es aquel órgano que ejerce las funciones de un Tribunal de última instancia cuyas decisiones no pueden ser impugnadas o las de un Tribunal de Casación.

Distrito Judicial. Es la unidad de la subdivisión territorial del Perú para la descentralización del Poder Judicial. Cada distrito es encabezado por una Sala Superior de Justicia; nuestro país cuenta con 28 distritos judiciales.

Doctrina. Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes (Cabanellas, 1998).

Normas Legales. Es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por autoridad competente de acuerdo a un criterio de valor y cuyo incumplimien6o trae aparejado una sanción. Generalmente impone deberes y confiere derechos.

Normas Constitucionales. Es la regla o precepto de carácter fundamental establecida por el poder Constituyente y de competencia suprema. Las normas constitucionales son: imperativas, programáticas y teológicas.

Pretensión: Es la manifestación de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional, por la cual una persona (natural o jurídica) se auto atribuye un derecho frente a otra y solicita sea declarado así en la sentencia de fondo. Exigencia de una persona a otra para que cumpla con una obligación. (Real Academia de la Lengua Española, 2001).

Técnicas de Interpretación. Es el conjunto de procedimientos reglamentados que se realiza para facilitar el entendimiento entre dos personas para llegar a un fin.

2.3. Hipótesis

Las Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes a la Transacción Extrajudicial en el caso de una discoteca proveniente de la Sentencia Casatoria N° 3065-2010 emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016; son a través de la interpretación extensiva, sistemático-lógico.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de Investigación

Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa

Cuantitativa: la investigación, se inicia con el planteamiento de un problema delimitado y concreto; se ocupará de aspectos específicos externos del objeto de estudio, y el marco teórico que guiará el estudio será elaborado sobre la base de la revisión de la literatura, que a su vez, facilitará la operacionalización de la variable (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Cualitativa: las actividades de recolección, análisis y organización de los datos se realizaran simultáneamente (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Nivel de investigación: exploratorio – descriptivo.

Exploratorio: porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada; además, hasta el momento de la planificación de investigación, no se han encontrado estudios similares; mucho menos, con una propuesta metodológica similar. Por ello, se orientará a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Descriptivo: porque el procedimiento de recolección de datos, permitirá recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito será identificar las propiedades o características de las variables (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Será un examen intenso del fenómeno, bajo la permanente luz de la

revisión de la literatura, orientada a identificar, si las variables en estudio evidencian, un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

3.2. Diseño de Investigación: no experimental, transversal, retrospectivo.

No experimental: porque no habrá manipulación de las variables; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno será estudiado conforme se manifestó en su contexto natural, en consecuencia los datos reflejarán la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad de la investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Retrospectivo: porque la planificación y recolección de datos se realizará de registros, de documentos (sentencia), en consecuencia no habrá participación del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010)|. En el texto de los documentos se evidenciará el fenómeno perteneciente a una realidad pasada.

Transversal o transeccional: porque los datos pertenecerán a un fenómeno que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser la sentencia casatoria; por esta razón, aunque los datos se recolecten por etapas, siempre será de un mismo texto.

3.3. El Universo, Población y Muestra.

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por la sentencia casatoiria Nº 3065-2010 perteneciente al Distrito Judicial de Lima, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

3.4. Definición y Operacionalización de las Variables y los Indicadores.

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
X[1]: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	Auténtica Doctrinal Judicial
				Resultados	Restrictiva Extensiva Declarativa Programática
				Medios	Literal Lógico-Sistemático Histórico Teleológico
			INTEGRACIÓN	Analogía	Malam partem Bonam partem
				Principios generales	Según su Función: - Creativa - Interpretativa - Integradora
				Laguna de la ley	Normativa Técnica Conflicto Axiológica
			ARGUMENTACIÓN	Componentes Sujeto a	Premisas Inferencias Conclusión Principios Reglas
Y[1] DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Dependiente	Conflicto Normativo, Jerarquía, vigencia y especialidad	EXCLUSIÓN	Jerarquía Temporalidad	Antinomias
			COLISIÓN	Control concentrado Control difuso	Principio de proporcionalidad Juicio de ponderación

3.5. Técnicas e Instrumentos

Para el recojo de datos se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.) donde se presentarán los parámetros, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de las variables. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia casatoria formará parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados correspondientes al docente investigador).

3.6. Objeto de Estudio

Estará conformado por la sentencia casatoria Nº 3065-2010 sobre Transacción extrajudicial, perteneciente a la Corte Suprema de Justicia de la República del Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016.

3.7 .Fuente de Recolección de Datos

Será, sentencia casatoria Nº 3065-2010, perteneciente a la Corte Suprema de Justicia de la República**,** del Distrito Judicial de Lima, seleccionado, utilizando el muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal, y Mateu; 2003).

3.8. Procedimiento de Recolección, y Plan de Análisis de Datos

Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas serán:

3.8.1. La primera etapa: abierta y exploratoria.

Será una actividad que consistirá en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estará guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista; es decir, será un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretará, el contacto inicial con la recolección de datos.

3.8.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos.

También, será una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar

la coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

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

Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

El instrumento para la recolección de datos, será una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estará compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidenciará como Anexo para el Informe de Tesis.

3.9. 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 para el Informe de Tesis.

3.10. Rigor científico

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se ha insertará el objeto de estudio: sentencia Casatoria proveniente

de la Corte Suprema, que se evidenciará como Anexo N° 1 en el presente Proyecto de Investigación.

Finalmente se precisa, que la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable; Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos; el contenido de la Declaración de Compromiso Ético; el Diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el procedimiento aplicado para la determinación de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, será realizado por el Docente en Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis – ULADECH Católica – Sede central: Chimbote - Perú).

3.11. Diseño de matriz de investigación

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSION	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIEN RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, REFERENTES A LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL PROVENIENTES DE CASATORIA Nº 3065-2010 EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA – LIMA, 2016	¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes a la Transacción Extrajudicial, proveniente de la 3065-2010, emitida por la Corte Suprema de Justicia de Lima Lima.2016?	**Objetivo General:** Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a la transacción Extrajudicial proveniente de la Sentencia Casatoria N° 3065-2010, emitida por la Corte Suprema, de Justicia de la república del Distrito judicial de Lima-Lima. 2016 **Objetivos Específicos:** **1.** Determinar la constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas. **2.** Determinar la fiabilidad de normas constitucionales y legales, empleando el razonamiento judicial.	**X1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN**	**Independiente**	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	**INTERPRETACIÓN**	**Sujetos**	• Auténtica • Doctrinal • Judicial	**TÉCNICAS:** • Técnica de observación • Análisis de contenidos
							Resultados	• Restrictiva • Extensiva • Declarativa • Programática	
							Medios	• Literal • Lógico-Sistemático • Histórico • Teleológico	**INSTRUMENTO:**
						INTEGRACIÓN	**Analogía**	• Malam partem • Bonam partem	Lista de cotejo
							Principios generales	• Según su - Creativa - Interpretativa - Integradora	Población-Muestra
							Laguna de la ley	• Normativa • Técnica • Conflicto • Axiológica	**Población:** Expediente judicial consignado con el N° 2667-2010 perteneciente al distrito judicial de Lima, el cual a su vez va a
						ARGUMENTACIÓN	**Componentes**	• Premisas • Inferencias • Conclusión	
							Sujeto a	• Principios • Reglas	
		HIPÓTESIS: LasTécnicas de interpretación que	Y_1 **INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCINALES**	**Dependiente**	**Conflicto normativo relacionado a la jerarquía,**	**EXCLUSIÓN**	**Jerarquía Temporalidad Especialidad**	**Antinomias**	
						COLISIÓN	**Control**	**Principio de**	

		intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes a la Transacción Extrajudicial de la Sentencia Casatoria N° 3065-2010 de la Corte Suprema de Justicia de la del Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016; son a través de la interpretación extensiva, sistemático-lógico.	**Y LEGALES**		**vigencia y especialidad**		**concentrado Control difuso**	**proporcionalidad** **Juicio de ponderación**	contar como único objeto de estudio; **la muestra**, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral

IV. RESULTADOS

4.1 Resultados

El presente informe está basado en una única sentencia casatoria Nº 3064-25014 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Lima – Lima.2016. En el que la Corte Suprema de Justicia declarando INFUNDADO el recurso de casación, por ser impertinentes los artículos 1188 y 1189 del Código Civil en la transacción extrajudicial.

4.2 Análisis de los resultados

Se puede apreciar que, las obligaciones solidarias pasivas en las que existiendo un acreedor común y varios codeudores solidarios, si uno de estos celebra cualquier acto previsto en el artículo 1188 del código Civil con dicho acreedor, en lo que se refiere a su parte en la obligación, está se extingue en lo que se refiere a su parte. No obstante los otros codeudores, no se liberan de la obligación, quedando obligados a satisfacerla, quedando liberados únicamente en cuanto a la parte que fue transgredida.

Y que el artículo 1189 del Código Civil resulta impertinente por cuanto en la transacción extrajudicial materia de la Litis no pactó en ninguna de sus cláusulas que tenga el carácter de parcial.

V. CONCLUSIONES

5.1 Aspectos complementarios

La responsabilidad extracontractual, al parecer, fue propuesta en el siglo XVII por el eminente jurista francés Jean Domat, y desde entonces a pesar de las variaciones y de las innovaciones ocurridas a lo largo del tiempo, se conserva bajo la

forma de ese principio fundamental que ordena que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, El principio está basado en la idea de la responsabilidad subjetiva que si bien no es necesariamente la concepción más antigua de las responsabilidad, es aquella que ha servido de fundamento a esta institución durante los últimos siglos.

Dentro de este contexto y con el objeto de realizar una mejor lectura del Código Civil a este respecto, se debe situar dentro de las teorías que pretenden organizar este campo de redistribuciones económicas y acciones de defensa social a nivel individual, que constituye la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa coloca el peso económico en quien considera ‘‘culpable’’ del daño. Esto significa que, para esa teoría, todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojo la piedra; siempre hay un ‘‘asesino’’ oculto detrás de la cortina de los hechos. El juez tiene, entonces, que desenmascararlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, esta se queda sin reparación: lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Abad Yupanki, S. (2004). *Código Procesal Constitucional* (Primera ed.). Lima: Gaceta Juridica Editores.

Abad, S. &. (2005). *El derecho de acceso a la información pública - Privacidad de la intimidad personal y familiar.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Bustamante, W. C. (2011). *Código Civil* (17 ed.). Lima, Perú: RHODAS SAC.

Casal, J. y. (2003). *Tipos de muestreo.* Barcelona, España: Bellaterra.

Chiassoni, M. P. (2010). *Antinomias - Interpretación y razonamiento jurídico* (Vol. II). Lima, Perú: Ara.

Coaguila, C. A. (2015). *Tratado de responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.* Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Comanduci, G. R. (2010). *Interpretación y razonamineto jurídico.* Lima: Ara.

Constitucional, C. P. (2008). *Codigo Procesal Constitucional.* Lima.

Domínguez, J. (2009). *Dinámica de Tesis - Guìa para preparación y ejecución de proyectos* . Chimbote, Perù: udalech Católica.

Figueroa , E. (2014). *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas.* Lima: Gaceta Constitucional.

Figueroa, E. (2014). *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas.* Lima: Gaceta Constitucional.

Figueroa, M. G. (2003). *La argumentación en el Derecho* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra - Editores.

Franco, H. E. (2007). *Dereco Constitucional.* Trujillo, Perú: Editora "FECAT".

García Toma, V. (2005). *Teoria del Estado y Derecho Constitucional.* Lima: Palestra Editores.

García, C. A. (2004). *Metódos y Técnicas de la investigación jurídica* (Tercera ed.). México: Porrua.

Gascón Abellan, M., & García Figueroa, A. (2003). *La argumentacion en el Derecho.* Lima: Palestra Editores.

Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional.* Mexico: Fontamara.

Guerra, J. A. (2010). *Técnicas de Argumentación Jurídica.* Lima, Pewrú: Jurista Editores .I.R.L.

Gutarra, E. F. (2014). *El Derecho a al debida motivación.* Lima, Perú: Gaceta Constitucional.

Hurtado Pozo, J. (1993). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial I, Homicidio.* Lima: Juns.

Hurtado Pozo, J. (s.f.). *Manula de Derecho Penal, Parte Especial 1*.

Maynes, E. G. (2003). *La cuestión de los principios.* Lima, Perú: Palestra.

Mazzares T. (2010). *Razonamiento judicial y Derehos Fundamentales.* Lima, Perú: Ara.

Mendoza, G. G. (2011). *Código Penal* (17 ed.). Lima, Perú: Rhodas.

Minguez, A. H. (2012). *Derecho Procesal Civil.* Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Molinero, M. R. (1933). *Introducciòn a la ciencia del derecho* (2da. ed.). Salamanca, España: Librería Cervantes.

Nuñez Santa María, D. (27 de Julio de 2015). *La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*. Obtenido de PUCP: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1

Pacífico, I. (2015). *Tratado de Responsabilidad Civil y Contractual y Extracontractual - Tomo I y II* (Primera ed.). Breña, Perú: Instituto Pacífico SAC.

Peña Cabrera, R. (1994). *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial.* Lima: Ediciones Juridicas.

Perez, E. (2013). *Manual de Derecho Constitucional.* Lima: Adrus.

Pons, P. B.-J. (2008). *Manual del Derecho de las Personas* (2da. ed.). Lima, Perú: Ediciiones Jurídicas.

Reyes, M. A. (2010). *La calificación del recursos de casación civil a partir de las nuevas reglas procesales.* Lima, Perú: ARA.

Rubio Correa, M. (2009). *Introduccion al Derecho.* Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Catolica del Perú.

Samppieri, H. (2010). *Metodologìa de la investigación.* México, Mexico: Mc Graw Hill.

Tomá, J. A.-P. (2007). *Manual del Acto Jurídico.* Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

Vásquez, A. T. (2006). *Introducción al Derecho* (Tercera ed.). Lima, Perú: IDEMSA.

Villavicencio Terreros, F. (1991). *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial I, Delito Homicidio.* Lima: GIOS Editores.

Villavicencio Terreros, F. (s.f.). *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial I.*

Villavicencio Terreros, Felipe. (s.f.). *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial 1.*

ANEXO 1

DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referente a la transacción extrajudicial provenientes de la sentencia casatoria Nº 3065-2010 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Lima – Lima 2016

Por estas razones, como autor, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Lima, mayo de 2016.

---------- MARIO

JESÚS CÁCERES NÚÑEZ DNI N°

08319167 – Huella Digital

ANEXO 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 3065-2010

LIMA

Lima, siete de junio de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número tres mil sesenta y cinco de dos mil diez, en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por R. F. E. A. y R. M. V. G. de E. contra la resolución de vista, su fecha veintisiete de abril de dos mil diez, la cual revoca la apelada y reformándola declaró concluido el proceso respecto de todos los codemandados.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Mediante Ejecutoria Suprema del diez de diciembre de dos mil diez se declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de carácter sustantiva de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil, el primero de ellos por aplicación indebida y el segundo por inaplicación de una norma de derecho material. Para lo cual sostienen los recurrentes que la Sala Superior no ha considerado que los demandados no han incurrido en el mismo tipo de responsabilidad civil en los hechos sub materia, ya que tanto la Municipalidad de Santiago de Surco y su Alcalde, incurrieron en un tipo de responsabilidad civil funcional -negligencia- al permitir el funcionamiento de una discoteca sin contar con la licencia respectiva; E. J. P. R. es responsable al haber permitido como miembro del directorio y accionista de Inversiones G. N. S.A. se ponga en funcionamiento la discoteca sabiendo que no se habían implementado las medidas de seguridad; en el caso de la codemandada

Scotiabank Perú S.A.A. su responsabilidad radica en que designó a los funcionarios que en su representación integraban el directorio de las empresas Centros Comerciales del Perú S.A. y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., quienes con su conducta negligente permitieron el funcionamiento de una discoteca sin tener licencia para ello, ni haber implementado las medidas de seguridad necesarias para su funcionamiento; A. M. A. G. participó activamente en las funciones de dirección y administración de Inversiones García North S.A. al ser coresponsable en la administración de los fondos necesarios de la sociedad, los que se destinaron totalmente a decorar una discoteca y hacerla atractiva al público sin dotarla de elementos mínimos de seguridad, así como permitir su funcionamiento a sabiendas que no se habían otorgado autorizaciones ni licencias; P. E. N. C. incurrió en responsabilidad civil al haber permitido como miembro del directorio y gerente general de Inversiones García North S.A., que se ponga en funcionamiento la discoteca, sabiendo que no se habían implementado las medidas de seguridad, promoviendo una fiesta en condiciones altamente riesgosa para los asistentes; F. M. W. y R. F. O. incurrieron en responsabilidad civil al haber participado en las exhibiciones de fuego en el interior de la cabina del discjockey, en la discoteca "Utopía", lo que originó el incendio que provocó la muerte de veintinueve personas, entre ellas la hija de los recurrentes. También expresan que el juzgador es el obligado a establecer si la cuantía demandada es la correcta y la proporción en la que cada codemandado deberá indemnizar a los demandantes, en función de su grado de responsabilidad, según los fundamentos que expone en su recurso. Enfatizan que en la transacción submateria se estableció expresamente a quienes se extendía los efectos del acto jurídico celebrado. Precisan que su pretensión impugnatoria es revocatoria.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la presente controversia gira en torno a la pretensión de los demandantes R. F. E. A. y su cónyuge referida a que los demandados de manera solidaria le paguen una indemnización por la suma de un millón de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, más intereses legales, por el fallecimiento de su hija M.I.E.V. en el incendio ocurrido el día veinte de julio de dos

mil dos en la discoteca “Utopía” ubicada en el interior de las instalaciones del Centro Comercial Jockey Plaza Shopping Center.

SEGUNDO.- Que, del examen del pedido de conclusión del proceso, a fojas doscientos cincuenta y ocho se advierte que las codemandadas Centros Comerciales del Perú S.A., Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y por su parte los demandantes, transigen su conflicto de intereses, haciéndose concesiones recíprocas, arribando a una “transacción judicial” conforme al documento de fecha veintiuno de diciembre de dos mil seis, en el cual señalan también que dicha transacción alcanza a los demandados C. E. P. R., J. J. C. Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., W. P. de la J. y R. J. C. P. R., en los términos que se indica en la referida transacción; asimismo, acompañan la addenda de transacción de fecha veintiséis de diciembre de dos mil seis, en los términos y condiciones que se celebran en dicho documento.

TERCERO.- Que, el Juez de la causa mediante resolución cincuenta y cinco de fecha veinticinco de enero de dos mil siete, tiene por aprobada la transacción celebrada entre los demandantes con Centros Comerciales del Perú S.A., Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., C. E. P. R., J. J. C. Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., Walter P. de la J. y R. J. C. P. R., sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto materia de proceso, adquiriendo la resolución los efectos de una sentencia con la autoridad de cosa juzgada en cuanto se refiere a los citados demandados, decisión contra la cual Scotiabank Perú S.A. Interpuso recurso de apelación según fluye del escrito de fojas doscientos setenta.

CUARTO.- Que, la Sala Superior a través de la resolución de vista de fojas seiscientos treinta y dos, su fecha veintisiete de abril de dos mil diez, revocó la resolución apelada, sólo en el extremo que declaró concluido el proceso en cuanto se refiere a las personas nombradas e implícitamente ordena que el proceso continúe respecto a los demás demandados y, reformándola declaró concluido el proceso para todos los demandados, disponiéndose el archivo oportuno del proceso. para lo cual argumenta básicamente que: a) En aplicación del primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil, quedarían liberados los demás codeudores y, consecuentemente se declararía la conclusión del proceso respecto de la totalidad de los codemandados o, si la mencionada transacción recae sólo sobre la parte que le correspondería a los demandados que intervinieron en ella, por lo que los demás deudores codemandados

no quedarían liberados, tal como lo dispone el artículo 1189 del Código precitado y, en consecuencia, el proceso no concluiría para todos los codemandados de acuerdo al tercer párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil; y, b) Según las cláusulas sexta y séptima de la transacción, las partes contratantes señalaron quienes quedarían liberados de cualquier obligación y/o responsabilidad del evento dañoso, a los cuales no tendrían nada más que reclamarles, sin embargo, en estas cláusulas ni en otra, las partes convinieron que el acuerdo se hubiera limitado a la parte de alguno o algunos de los deudores solidarios que se mencionan en la transacción, resultando inaplicable lo dispuesto en el artículo 1189 del Código Civil, cuya aplicación invocan los demandantes según su escrito de fojas quinientos ochenta y nueve.

QUINTO.- Que, en ese marco, los demandantes invocan como causales de su recurso de casación la infracción normativa de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil, el primero de ellos por aplicación indebida y el segundo por inaplicación de una norma de derecho material. R. H.[11] sostiene que la infracción normativa es la causal de casación que se usa para proponer el recurso de casación cuando ésta involucra un error de naturaleza sustantiva o procesal que afecte ostensiblemente lo decidido, error que debe incidir directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada. Con lo cual, es viable que el recurso de casación se sustente en la invocación de inaplicación de una norma de derecho material y en la aplicación indebida de una norma de derecho material. Sobre el particular, en primer término se debe precisar que el recurso de casación es un recurso impugnativo extraordinario que procede únicamente en los casos expresamente fijados por la ley, cuya finalidad, como decisión política del Estado, es controlar la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, entendido dentro del sistema ortodoxo o puro como la finalidad de defender la norma jurídica en su sentido material o adjetivo contra las resoluciones judiciales que la infrinjan, manteniendo de ese modo una exacta observancia de la ley -finalidad nomofiláctica- y la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, concebida como una finalidad esencial del recurso de casación acerca del criterio constante y uniforme de la aplicación del derecho, expresado por el órgano jurisdiccional de la más alta jerarquía del Poder Judicial. Ambas finalidades

[1] 1 M. A. H. R.. "La calificación del recurso de casación civil a partir de las nuevas reglas procesales". En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 141, Mayo 2010, p.27

se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil.

SEXTO.- Que, ahora bien, la causal de inaplicación de una norma de derecho material se configura cuando el juez o jueces de instancia omiten aplicar una norma de derecho material determinada que es necesaria para la solución del conflicto intersubjetivo de intereses. Sobre su concepto y alcances, la jurisprudencia nacional ha establecido que "Se entiende por inaplicación de una norma de derecho material cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y, que de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas"[2].

En un sentido más estricto, Nelson Reyes Jiménez[3] expresa que la inaplicación de una norma "hace referencia a aquella situación en la que al presupuesto hecho, correctamente evaluado por el juzgador, se le deja de aplicar la consecuencia jurídica prevista en el sistema jurídico". Por su parte, la jurisprudencia nacional ha señalado en este sentido: "Para hacer viable la citada causal, es preciso que entre la norma inaplicada y la base fáctica de la sentencia de mérito exista identidad, la cual a su vez supone adecuar ésta a la hipótesis contenida en la norma invocada"[4].

SÉTIMO.- Que, la aplicación indebida supone la aplicación de una norma impertinente, la cual no debió aplicarse. Así, Sánchez-Palacios[5] sostiene que "hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia. el Juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma. La norma elegida no corresponde al hecho establecido".

2 Casación N° 1800-96/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 1998, pp. 1191/1192.

3 Citado por Alberto Hinostroza Minguez en "Comentarios al Código Procesal Civil" Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2003, Tomo I, p. 727.

4 4 Casación N° 278-2000/Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de mayo de 2000, p. 5422.

5 5 Manuel Sánchez-Palacios Paiva. El recurso de casación civil: praxis. Lima: Juristas Editores, 2009, pp. 157-158.

OCTAVO.- Que, en el caso de autos, se tiene que la norma de derecho material supuestamente inaplicada por la resolución de vista es el artículo 1889 del Código Civil[6], mientras que la norma aplicada indebidamente es el artículo 1188 del mismo ordenamiento sustantivo[7]. Siendo así, resulta necesario precisar que el artículo 1189 del Código Civil, inmerso dentro del Título VI: Las Obligaciones mancomunadas y solidarias, de la Sección Primera del Libro VI: Las Obligaciones, se refiere a los efectos que producen la novación, la compensación, la condonación y la transacción en la solidaridad pasiva, pero una parte de la deuda. A decir de Clotilde Vigil Curo[8], dicho dispositivo "Trata de las obligaciones solidarias pasivas en las que existiendo un acreedor común y varios codeudores solidarios, si uno de éstos celebra cualquier acto previsto en el artículo 1188 del citado cuerpo normativo con dicho acreedor en lo que se refiere a su parte de la obligación, ésta se extingue en lo que a dicha parte se refiere; sin embargo, los otros codeudores no quedan liberados sino sólo en cuanto a la parte que fue novada, compensada, condonada o transigida". Como se observa, ambos artículos están referidos a la extinción de la solidaridad pasiva de las "obligaciones", cuya fuente es la responsabilidad civil, conforme a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil9[9] en efecto, según éste último dispositivo legal, la perpetración de un daño por dolo o culpa genera la obligación de indemnizar a la víctima del mismo.

NOVENO.- Que, sin embargo, resulta necesario precisar cuál es la naturaleza de tal obligación (solidaria o mancomunada) en el supuesto de que la causa del daño y, por ende, la responsabilidad civil consiguiente, es atribuida a más de una persona, como sucede en el caso de autos. Para tal efecto, es de recordar que, de conformidad con el

6 Artículo 1189 del Código Civil.- Extinción parcial de solidaridad.-Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

7 Artículo 1188 del Código Civil.- Extinción de solidaridad.- La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

8 Clotilde Vigil Curo, Comentarios al artículo 1189 del Código Civil, En: Código Civil Comentado, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo VI, p. 281.

9 Artículo 1969 del Código Civil.- Indemnización por daño moroso y culposo.Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

artículo 1183 del Código Civil[10], la solidaridad no se presume, sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa. Ahora bien, no pudiendo en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, hacerse referencia a título de obligación alguno, debe apreciarse qué prescribe la ley respecto a la naturaleza de la obligación en esta materia. En este sentido, el artículo 1983 del Código Sustantivo[11] establece la responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de agentes, el derecho de repetición del que efectuó el pago de la totalidad de la indemnización contra los otros, así como la atribución del juez de fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Dicha norma establece, la liberación total de los codeudores solidarios por el pago de la indemnización a la víctima del daño y la sustitución de dicha obligación por otra frente al que efectuó el pago total.

DÉCIMO.- Que, en forma similar a lo dispuesto por el citado artículo 1983 del Código Civil sobre los efectos del pago por parte de uno de los codeudores solidarios de la totalidad de la indemnización por responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1188 del mismo cuerpo normativo -dispositivo legal que sirviera de sustento a la resolución recurrida- establece la liberación total de los codeudores solidarios en el supuesto de una transacción -entre otras formas de extinción de obligaciones- efectuada entre el acreedor y uno de aquellos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el pago, en el cual no hay liberación parcial de los codeudores solidarios, primero, porque, conforme al artículo 1220 de dicho ordenamiento sustantivo[12], el pago sólo se entiende efectuado cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, y segundo, por cuanto, según el artículo 1221 del mismo Código[13], no puede

[10] Artículo 1183 del Código Civil.- Carácter expreso de solidaridadLa solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen de forma expresa.

[11] Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes.Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

[12] Artículo 1220.- Novación de pago. Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

[13] Artículo 1221.- Indivisibilidad del pagoNo se puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra líquidable, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda.

compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autorice, la realización de una transacción -entre otros actos previstos en el artículo 1188 del Código Sustantivo- genera la liberación parcial de los demás codeudores solidarios, pero sólo respecto a la parte de aquel codeudor a la cual se habría limitado.

UNDÉCIMO.- Que, en este contexto normativo y conceptual, para determinar si resulta aplicable al caso de autos el artículo 1188 del Código Civil, como sostienen los recurrentes, o si se aplicó indebidamente el artículo 1189 del mismo cuerpo normativo, resulta necesario analizar si la transacción celebrada entre Centros Comerciales del Perú S.A. y Administradora Jockey Plaza, de una parte, y los recurrentes, de la otra, con la intervención de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros con fecha veintiuno de diciembre de dos mil seis, se produjo con respecto a la totalidad de la obligación correspondiente a los codeudores o si, por el contrario, se produjo sólo sobre la parte de uno o más de uno de ellos.

DUODÉCIMO.- Que, como se observa de la lectura del documento de fojas doscientos cuarenta a doscientos cincuenta y tres, si bien es cierto como se sostiene en la sentencia recurrida, las partes acordaron en la cláusula sétima, literal g) que "…la compensación económica acordada en el literal a) constituye título de cancelación total y definitivo de todas y cada una de las prestaciones, derechos y acciones que pudiera corresponder a Los Herederos, incluyendo los gastos, costas y costos de todos los procesos judiciales que tengan relación con El Siniestro, concluyendo cualquier discrepancia surgida en virtud de El Siniestro, quedando total y satisfactoriamente indemnizados todos los daños y perjuicios derivados de El Siniestro", no es menos cierto que la sentencia en mención ha omitido glosar la primera parte de dicha cláusula que expresamente prescribe que "Salvo el pago indicado en el literal a) de esta cláusula, Los Herederos en forma conjunta y/o por separado declaran que no tienen nada más que reclamar contra Centros Comerciales, Administradora Jockey Plaza y/o contra Rímac Internacional, o contra alguna de las personas referidas en la presente transacción por los hechos y conceptos contenidos en la presente transacción y/o derivados de El Siniestro, todas las cuales quedan exceptuadas de cualquier obligación y/o responsabilidad…", disposición contractual que, aunada a los literales precedentes de la misma cláusula [literales c) y d)] por las

cuales se acuerda la renuncia de Los Herederos frente a las empresas allí mencionadas y, extensivamente, a las personas allí identificadas, de toda acción, reclamo, denuncia, etc., que se vincule con El Siniestro, permite afirmar como conclusión que la voluntad de las partes fue la de poner término a la controversia suscitada con ocasión del fallecimiento de la hija de los recurrentes, mediante el reconocimiento de un monto indemnizatorio, pero sólo con respecto a las personas jurídicas y naturales expresamente mencionadas en dicha transacción, y no de todos los que fueron demandados en el presente proceso de Indemnización. Siendo así, correspondía la aplicación al caso del artículo 1189 del Código Civil y no del artículo 1188 del mismo cuerpo normativo, como indebidamente se determinó en la sentencia de vista. Por lo que, en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil debe declararse nulo el auto de vista en el extremo que revoca el auto apelado, y reformándolo declara concluido el proceso respecto de todos los codemandados, actuando en sede de instancia debemos confirmar la resolución cincuenta y cinco de fecha veinticinco de enero de dos mil siete que aprueba la transacción celebrada con Centros Comerciales del Perú S.A., Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., C. E. P. R., J. J. C. Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., W. P. de la J. y R.J. C. P. R., así como concluido el proceso respecto a estos demandados, debiendo continuar con la tramitación del proceso respecto de los demás demandados que no celebraron la transacción anotada.

IV. DECISION:

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil:

a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cincuenta y nueve por los demandantes R. F. E. A. y R. M. V. G. de E., en consecuencia, **NULA** la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha veintisiete de abril de dos mil diez, que revoca la apelada y reformándola declaró concluido el proceso respecto de todos los codemandados.
b) En sede de instancia: **CONFIRMARON** la resolución cincuenta y cinco, su fecha veinticinco de enero de dos mil siete, que aprueba la transacción

celebrada entre los demandantes con Centros Comerciales del Perú S.A., Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., C. E. P. R., J. J. C.Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., W. P. de la J. y R. J. C. P. Rivero, consecuentemente declara concluido el proceso en cuanto se refiere a las personas nombradas, teniendo dicha transacción autoridad de cosa juzgada. Debiendo continuar con la tramitación del proceso respecto de los demás codemandados no beneficiados con la transacción celebrada.

c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por R. F. E.A. y R. M. V. G. de E., con L. P. A. C., Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., A. M. Az. G., E. B. A., J. J. C. Q., Centros Comerciales del Perú S.A., J. Chueca R., C. E. D. C., R. J. F. O., Inversiones García North S.A.C., F. A. M. W., Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, P. E. N. C., Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, C. E. P. R., E. J. P. R., R. J. C. P. R., W. P. de la J. y Scotiabank Perú S.A.A., sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Juez Supremo señor V. M..-

SS.

A. B.

D.V. C.

W. J.

V. M.

jrc/svc

EL VOTO DEL JUEZ SUPREMO SEÑOR CASTAÑEDA SERRANO ES COMO SIGUE: ----------

Se trata del recurso de casación, interpuesto por R. F.E. A.y R. M. V. G. de E. representados por su Abogada M. T.P. contra el auto de vista contenido en la resolución número veintidós, su fecha veintisiete de abril del dos ml diez que revocó el auto apelado el cual aprobó la transacción que declaró concluido el proceso respecto a los demandados Centros Comerciales del Perú S.A,

Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A y L. P. A. C., E. B A., J. J. C. Q., J. C. R., C. E. P. R., W. P. De La J. y R. J. C. P. R. e implícitamente ordena que el proceso continúe respecto de los demás demandados.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO.

Esta Sala Suprema mediante Resolución de fecha diez de diciembre del dos diez -cuadernillo de casación- declaró procedente el recurso de extraordinario de casación por la i**nfracción normativa sustantiva respecto a la aplicación indebida de artículo 1188 del Código Civil e inaplicación del artículo 1189 del citado cuerpo legal.** Alega que la Sala Superior vulneró su derecho al no considerar que los demandados no incurrieron en el mismo tipo de responsabilidad civil en los hechos sub materia; es decir la Municipalidad de Santiago de Surco y su Alcalde cometieron un tipo de responsabilidad civil funcional, al permitir negligentemente el funcionamiento de una discoteca sin contar con la licencia respectiva; asimismo, E. J. P. R. al haber permitido como miembro del Directorio y accionista de Inversiones García North S.A que se ponga en funcionamiento la discoteca sabiendo que no se implementaron las medidas de seguridad. En el caso de Scotiabank, su responsabilidad radica en el hecho que designó a los funcionarios que en su representación integraban el Directorio de los Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A, quienes con su conducta negligente permitieron el funcionamiento de la discoteca sin tener licencia para ello, ni haber implementado las medidas de seguridad necesarias para su funcionamiento; en cuanto a A. M.A.G., refiere que éste participó activamente en las funciones de dirección y administración de Inversiones García North S.A al ser corresponsable en la administración de los fondos necesarios de la sociedad, los que se destinaron totalmente a decorar la discoteca y hacerla atractiva al público sin dotarla de elemento mínimos de seguridad, así como permitir su funcionamiento a sabiendas que no se habían otorgado autorizaciones ni licencias. P. E. N. C., incurrió en responsabilidad civil al haber permitido como miembro del Directorio y como Gerente General de Inversiones García North S.A que se ponga en funcionamiento la discoteca, sabiendo que no se habían implementado las medidas de seguridad,

promoviendo una fiesta en condiciones altamente riesgosas para los asistentes. Que, F. M. W. y R. F. O. incurrieron en responsabilidad civil al haber participado en las exhibiciones de fuego en el interior de la cabina de discjockey, en la discoteca "Utopia", lo que originó el incendio que provocó la muerte de veintiún personas, entre ellos la hija del recurrente. También expresan que el juzgador es el obligado a establecer si la cuantía demandada es la correcta y la proporción en la que cada codemandado deberá indemnizar a los demandantes, en función de su grado de responsabilidad. Enfatiza que en la transacción sub materia se expresa a quienes se extendía los efectos del acto jurídico celebrado.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- Que, respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra.- "*Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso*…."[14] A decir de De Pina.- "*El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (….) a infracciones en el procedimiento*"[15] En ese sentido Escobar Forno señala.- "*Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo*"[16]. Que, en el presente caso, se denuncia la infracción normativa sustantiva por **aplicación indebida del artículo 1188 del Código Civil e inaplicación del artículo 1189 del mismo cuerpo legal.**

SEGUNDO.- Que, mediante la presente demanda interpuesta con fecha once de junio de dos mil cuatro, (fojas uno a noventa y uno), subsanada (fojas noventa y cuatro a ciento tres), la parte actora conformada por R. F. E. A. y R. M. V. G. de E.

14 **Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359**

15 **De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222**

16 **Escobar Fornos Iván, Introducción al Proceso, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p.241**

pretenden que la parte demandada conformada a su vez por Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A y otros le paguen en forma solidaria una indemnización por daños y perjuicios ascendente a la suma de un millón de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, por el fallecimiento de su hija V. I. E. V., en el incendio ocurrido en la Discoteca "Utopia" ubicado en el interior de las instalaciones del Jockey Plaza Shopping Center el día veinte de julio del dos mil dos.

TERCERO.- Que, mediante el escrito de fojas doscientos cincuenta y siete la empresa Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A y otros solicitan la conclusión del proceso al haberse celebrado la transacción extrajudicial el veintiuno de diciembre de dos mil seis, por la cual las codemandadas Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A conjuntamente con los demandantes (fojas doscientos cuarenta a doscientos cincuenta y dos), en la cual se señala que dicha transacción alcanza a Rimac Internacional en su calidad de asegurador, así como a cada una de las compañías coaseguradoras y/o reaseguradoras de estos mismo hechos, cualquiera sea la calidad o forma en que se relacionen o participen en ellos, acompañando además la addenda de transacción de fecha doce de enero ero de dos mil siete en los términos y condiciones que se celebran en el referido documento.

CUARTO.- Que, el A-quo mediante el auto de primera instancia contenido en la resolución cincuenta y cinco (fojas doscientos cincuenta y ocho a doscientos cincuenta y nueve) del veinticinco de enero de dos mil siete, se tiene por aprobada la transacción celebrada entre los demandantes con Centros Comerciales del Perú Sociedad Anónima, Administradora Jockey Plaza Shopping Center Sociedad Anónima, C.E. P., J. J. C. Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., W. P. de la J. y R. J. C. P. R., en los términos en que se señalan y habiéndose indicado en la misma que es por la **total reparación civil por todos y cualquier daño y/o perjuicio** sufrido**, dispone declarar** concluido el proceso **respecto a las person**as nombradas, teniendo dicha autoridad la calidad de cosa juzgada. Sustenta su decisión en mérito al último párrafo de la sétima cláusula puntos d) de la aludida transacción extrajudicial y su addenda de transacción en los términos y condiciones que se celebran en dicho documento; consecuentemente se colige que dicho documento está referido a todo reclamo indemnizatorio en relación al accidente ocurrido en la Discoteca Utopía, por

lo que al haberse establecido el monto indemnizatorio por todo concepto equivalente a noventa y nueve mil dólares americanos, cantidad que ha sido cancelada a la parte demandante como parte de la transacción arribada con dos de los codemandados y al no haberse pactado una transacción parcial, esto es, que se haya señalado que el acuerdo transaccional sólo se haya limitado a la parte de la obligación que le corresponde a los dos codeudores Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A, es que dispone dar por

concluido el proceso respecto de todos los codemandados.

QUINTO.- Que, por su parte el Ad quem expide el auto de segunda instancia contenido en la resolución número veintidós, (fojas seiscientos treinta y dos a seiscientos cuarenta) la misma que revocando la resolución apelada la reforma declarando concluido el proceso respecto de todos los codemandados. Como fundamentos de su decisión señala que si bien en la transacción los demandantes pretendieron liberar a algunos de los deudores, ello no resulta viable por cuanto las partes transigieron sobre la única pretensión demandada – indemnización por el daño sufrido por el fallecimiento de su hija a causa del incendió en la discoteca "Utopia", y atendiendo a que la transacción satisface todos los daños sufridos estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria prevista en el artículo 1983 del Código Civil. De otro lado, sostiene que habiéndose celebrado la transacción entre los demandantes y algunos de los demandados, sobre la única pretensión demandada y no sobre la parte que le correspondería a dichos deudores solidarios, el acuerdo libera a todos los demás codemandados en estricta aplicación del artículo 1188 del código citado, por lo que la conclusión del proceso beneficia a todos los demandados (encuadrándose dentro del supuesto contenido en el primer párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil). Asimismo, refiere que en la cláusula sétima -penúltimo párrafo- se indica que los herederos ceden a Rimac Internacional todos los derechos, privilegios y garantías que pudiera corresponderles a consecuencia del siniestro, no estando incluidos en esta cesión los derechos contra Inversiones García North SAC, P. E. N. C., F. M. Werdan, E. J. P. R., Municipalidad de Santiago de Surco, C. E. D.C., A. M. A. y el Banco Wiesse Sudameris, pero conforme a lo y en aplicación de los artículos 1188 y 1983 la transacción llevada a cabo libera a todos los demás codemandados. Finalmente sostienen que en la cláusula quinta de la transacción las partes

establecieron que la finalidad del contrato era prevenir y evitar cualquier tipo de litigio asi como poner término a los iniciados, no habiéndose acordado expresamente que ésta se refería a la parte de la indemnización que corresponde a los codemandados contratantes.

SEXTO.- Que, previamente debe precisarse que según Hurtado Reyes[17] la infracción normativa es la causal de casación que se usa para proponer el recurso de casación cuando ésta involucra un error de naturaleza sustantiva o procesal que afecte ostensiblemente lo decidido, error que debe incidir directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada. Con lo cual, es viable que el recurso de casación se sustente en la invocación de inaplicación de una norma de derecho material y en la aplicación indebida de una norma de derecho material. Sobre el particular, en primer término se debe precisar que el recurso de casación es un recurso impugnativo extraordinario que procede únicamente en los casos expresamente fijados por la ley, cuya finalidad, como decisión política del Estado, es controlar la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, entendido dentro del sistema ortodoxo o puro como la finalidad de defender la norma jurídica en su sentido material o adjetivo contra las resoluciones judiciales que la infrinjan, manteniendo de ese modo una exacta observancia de la ley –finalidad nomofiláctica- y la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, concebida como una finalidad esencial del recurso de casación acerca del criterio constante y uniforme de la aplicación del derecho, expresado por el órgano jurisdiccional de la más alta jerarquía del Poder Judicial. Ambas finalidades se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil.

SÉTIMO.- Que, respecto a la causal por la aplicación indebida de una norma de derecho material se debe destacar que ésta se configura cuándo: **1)** el Juez, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso, llega a establecer determinados hechos relevantes del conflicto de intereses; **2)** que tales hechos establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; **3)** que sin embargo, el Juez, en lugar de aplicar esta última norma, aplica una distinta para resolver el caso concreto, vulnerando los

[17] **Martín Alejandro Hurtado Reyes. "La calificación del recurso de casación civil a partir de las nuevas reglas procesales". En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 141, Mayo 2010, p. 27**

valores y principios del ordenamiento jurídico, particularmente el valor superior de la justicia. A decir de Sánchez-Palacios[18].- "*hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia. el Juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma La norma elegida no corresponde al hecho establecido*". En el presente caso, se denuncia la aplicación indebida del artículo 1188 del Código Civil.

OCTAVO.- Que, sobre el caso concreto se tiene que mediante la transacción extrajudicial las partes -haciéndose concesiones recíprocas- deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones reciprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes, pues la transacción tiene valor de cosa juzgada. En este sentido, el documento que contiene la transacción extrajudicial con firmas legalizadas, debe ser uno de fecha cierta y cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 1302 del Código Civil. Por tanto, las partes en una obligación llegan a un buen arreglo, poniendo fin al hecho controvertido o litigioso con respecto a aquella, evitando así un pleito futuro o cortando el que se hubiere iniciado.

NOVENO.- Que, como se puede apreciar en autos, según el literal d) de la cláusula sétima de la aludida transacción celebrada por Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A, con la intervención de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros y los demandantes y herederos en su calidad de demandantes pactaron "*renunciar en forma inequívoca, incondicional e irrevocable frente a Rímac Internacional, los coaseguradores, los reaseguradores, Centros Comerciales, Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A, Banco de Crédito del Perú (…) C. E. P. R., J. J. C. Q., E. B. A., L. P. A. C., J. C. R., W. Plazza de la J. y R. J. C. P. R., a cualquier reclamo, acción, denuncia, demanda, controversia, pretensión, crédito, derecho, monto, garantía,* ***indemnización,***

[18] **Manuel Sánchez-Palacios Paiva. El recurso de casación civil: praxis. Lima: Juristas Editores, 2009, pp. 157-158.**

reparación, (el resaltado es nuestro) *remedio, pago, restitución o gasto (..) que directa o indirectamente se derive u origine, se relacione o tenga como causa inmediata, mediata o remota el siniestro, el fallecimiento de la causante y/o las circunstancias en que dicho siniestro o fallecimiento se produjeron y/o se relacione a cualquier daño o perjuicio material, moral, personal o lucro cesante, actual o futuro (..) que puedan haber sufrido o sufran los herederos*" Así mismo en el literal g) de la citada cláusula sétima se pacto que. "salvo el pago indicado en el literal a) de esta cláusula, los herederos en forma conjunta y/o por separado declaran que no tiene nada más que reclamar contra Centros Comerciales, Administradora Jockey Plaza Shopping Center y/o Rímac Internacional o contra alguna de las personas o entidades referidas en la presente transacción por los hechos y conceptos contenidos en esta transacción y/o derivados del siniestro, todas las cuales quedan expresamente liberadas de cualquier obligación y/o responsabilidad, declarando además que la compensación económica acordada en el literal Que constituye título de cancelación total y definitivo de todas y cada una de las pretensiones, derechos y acciones que pudieran corresponder a LOS HEREDEROS, incluyendo los gastos, costas y costos de todos los procesos judiciales que tengan relación con el SINIESTRO, concluyendo cualquier discrepancia surgida en virtud de EL SINIESTRO, **quedando total y satisfactoriamente indemnizados todos los daños y perjuicios derivados de EL SINIESTRO"** (el resaltado es nuestro).

DÉCIMO.- Que, bajo ese contexto fáctico es necesario precisar que el artículo 1188 del Código Civil se ubica dentro del Título VI: Las Obligaciones mancomunadas y solidarias, de la Sección Primera del Libro VI: Las Obligaciones, lo que implica que el primer párrafo de dicho precepto legal señala que.- "*La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.*" Nos está indicando que si uno de los codeudores transige con el acreedor común sobre el total de la obligación, ésta se extingue no sólo para aquél, sino también para sus demás codeudores; sin embargo, entre el deudor que transigió y los codeudores se crean relaciones internas por las cuales, cada uno de los codeudores no intervinientes en la transacción, tienen la libertad de elegir si optan por pagar al deudor que transigió, la parte que les correspondía en la obligación primigenia u original o la proporción que

les hubiere correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción, lo que sucedió en el presente caso según fluye de las cláusulas precedentes.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, a mayor abundamiento se tiene que si el referido artículo 1188 del Código Civil que regula la extinción de la solidaridad pasiva de las "obligaciones", cuya fuente es la responsabilidad civil, conforme a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil. que señala.- "*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*" Entonces atendiendo a la naturaleza de la presente obligación, se verifica claramente que ésta es de carácter "solidaria", lo que se haya corroborado con la propia demanda y su respectiva subsanación que en efecto la presente obligación tiene el carácter de solidaria entre los codemandados; pues la responsabilidad civil es atribuida a más de una persona, tal y conforme lo preceptúa como regla general el artículo 1183 del Código Civil[19] cuando señala que la solidaridad no se presume, sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa. Consecuentemente, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual es de aplicación el artículo 1983 del Código acotado[20] que regula la responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de agentes, el derecho de repetición del que efectuó el pago de la totalidad de la indemnización contra los otros, así como la atribución del juez de fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, sobre la base de lo expuesto se puede concluir que si el artículo 1188 del Código Civil establece la liberación total de los codeudores solidarios en el supuesto de una transacción -entre otras formas de extinción de obligaciones efectuada entre el acreedor y uno de aquellos, entonces al haberse establecido el monto indemnizatorio mediante la presente demanda de indemnización por daños y perjuicios por todo concepto equivalente a noventa y nueve mil dólares

19 **Artículo 1969 del Código Civil.- Indemnización por daño moroso y culposo. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.**

20 **8 Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria. Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.**

americanos, cantidad que ha sido cancelada a la parte demandante como parte de la transacción arribada con dos de los codemandados y al no haberse pactado una transacción parcial, esto es, que se haya señalado que el acuerdo transaccional sólo se haya limitado a la parte de la obligación que le corresponde a los dos codeudores Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A, es que **el presente proceso ha concluido respecto de todos los codemandados.** No siendo atendibles las alegaciones del recurso extraordinario en este extremo.

DÉCIMO TERCERO.- Que, en cuanto a la causal de la inaplicación de una norma derecho material, se debe destacar que se configura cuando el Juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que, de haberlo hecho, habría determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas; dicho de otro modo el juez o jueces de instancia omiten aplicar una norma de derecho material determinada que es necesaria para la solución del conflicto intersubjetivo de intereses. Sobre su concepto y alcances, la jurisprudencia nacional ha establecido que "*Se entiende por inaplicación de una norma de derecho material cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y, que de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas*"[21]. A decir de Ramírez Jiménez[22] expresa que la inaplicación de una norma

"*hace referencia a aquella situación en la que al presupuesto de hecho, correctamente evaluado por el juzgador, se le deja de aplicar la consecuencia jurídica prevista en el sistema jurídico*". Por último la jurisprudencia nacional ha señalado en este sentido: "*Para hacer viable la citada causal, es preciso que entre la norma inaplicada y la base fáctica de la sentencia de mérito exista identidad, la cual a su vez supone adecuar ésta a la hipótesis contenida en la norma invocada*"[23]

[21] **Casación N° 1800-96/La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 1998, pp. 1191/1192.**

[22] **Citado por Alberto Hinostroza Minguez en "Comentarios al Código Procesal Civil". Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2003, Tomo I, p. 727.**

[23] **Casación N° 278-2000/Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de mayo de 2000, p.5422.**

DÉCIMO CUARTO.- Que, respecto al artículo 1189 del Código Civil que regula la extinción parcial de solidaridad y señala.- "*Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.*" Dicho precepto legal está referido a los efectos que produce en este caso la transacción en la solidaridad pasiva, pero claro esta sobre una parte de la deuda parcial. Por tanto, se refiere a las obligaciones solidarias pasivas en las que existiendo un acreedor común y varios codeudores solidarios, si uno de éstos celebra cualquier acto previsto en el artículo 1188 del Código Civil con dicho acreedor, en lo que se refiere a su parte en la obligación, ésta se extingue en lo que se refiere a su parte. No obstante los otros codeudores no se liberan de la obligación, quedando obligados a satisfacerla, quedando liberados únicamente en cuanto a la parte que fue transigida.

DÉCIMO QUINTO.- Que por último la aplicación al caso de autos, del referido artículo 1189 del Código Civil sería impertinente, por cuanto en la transacción extrajudicial materia de litis no pactó en ninguna de sus cláusulas que tenga el carácter de parcial, lo que implica que el acuerdo transaccional se haya circunscrito sólo a la parte de la obligación que le corresponde a los codemandados Centros Comerciales del Perú S.A y Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A.

Por las consideraciones expuestas **MI VOTO** en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil modificado por la Ley Nº 29364 es porque se declare: **INFUNDADO** el recurso de casación obrante a fojas tres mil veintiséis a tres mil cuarenta y seis, interpuesto por C. A. V. H. P. y N. S. P. P. de H. representados por su Abogada M. T. P.; en consecuencia, **NO CASAR** el auto de vista contenido en la Resolución N° veintidós su fecha veintisiete de abril del dos ml diez, obrante a fojas seiscientos treinta y dos a seiscientos cuarenta, expedido por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; y los devolvieron; en los seguidos por R. F. E. A. y R. M. V. G. de E. con Centros Comerciales del Perú S.A, Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios.

SS.

C. S.