



**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO**

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE
LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL
EXPEDIENTE N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 DEL
DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH-CHIMBOTE. 2017**

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

AUTOR

Bach. WILBER MENDOZA ASENCIOS

ASESORA

Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURÍ

**CHIMBOTE - PERÚ
2017**

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. Braulio Jesús Zavaleta Velarde
Presidente

Mgtr. Paul Karl Quezada Apián
Secretario

Mgtr. Nicolás Heraclio Ticona Carbajal
Miembro

Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napurì
Asesora

AGRADECIMIENTO

A Dios, sobre todas las cosas,
agradecer por darme la fortaleza
necesaria para vencerlos
obstáculos y adversidades para
poder lograr uno de mis grandes
propósitos en mi vida
profesional.

Wilber Mendoza Asencios

DEDICATORIA

A mi esposa **Esther**, compañera inseparable de cada jornada, ella representa el gran esfuerzo y tesón en momentos de decline y cansancio.

A mis adorados hijos, **Matías, Pavel, Valentino y Diego Omar**, por ser fuente de motivación e inspiración para seguir escalando peldaños en mi vida profesional.

A mis padres **Antonio y Rosa Elva**, pilares fundamentales en mi vida. Su tenacidad y lucha constante han hecho de ello el ejemplo a seguir y destacar, no solo para mí, sino para mis cinco hermanos Kico Antonio, Liz Jeanneth, Yener René, Kneller y Carlín Cleber.

Wilber Mendoza Asencios

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote, 2017?; el objetivo general fue: Determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa. Es tipo cuantitativo-cualitativo (mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la incompatibilidad normativa no se presentó en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose para ello en forma adecuada, las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser adecuadamente aplicadas permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema se encuentre debidamente motivada, es decir, argumentar en dar razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

Palabras clave: aplicación; derecho fundamental; motivación y sentencia.

ABSTRACT

The research was problem: How interpretation techniques are applied in the incompatibility rules, from the judgment of the Supreme Court, in file N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 Judicial District Ancash - Chimbote, 2017?; the overall objective was: to determine the techniques applied in the rules interpretation incompatibility. It is quantitative- ualitative (mixed); exploratory level - hermeneutical; design dialectical hermeneutical method. The sample unit was a court record, selected by convenience sampling; to collect data observation techniques and analysis of content was used; and as a checklist instrument, validated by expert judgment. The results revealed that the rules never, sometimes, always presented incompatibility in the judgment of the Supreme Court, applying for it in the form by reference, inadequate, adequate interpretation techniques. In conclusion, when properly applied allow study the judgment of the Supreme Court is properly motivated, ie give reasons argue in support of the premises of judicial reasoning.

Keywords: application; fundamental right; Motivation and judgment.

CONTENIDO

	Pág.
1. Título de la tesis.....	I
2. Hoja de jurado evaluador de tesis.....	II
3. Hoja de agradecimiento	III
4. Dedicatoria.....	IV
5. Resumen	V
6. Abstract.....	VI
7. Contenido (Índice).....	VII
8. Índice de cuadros resultados.....	XII
I. INTRODUCCIÓN	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA	9
2.1. Antecedentes	9
2.2. Bases teóricas	20
2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho	20
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado Legislativo de Derecho.....	20
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho.....	23
2.2.2. La vía administrativa	26
2.2.2.1. Motivación del acto administrativo	26
2.2.2.2. Eficacia del acto administrativo	29
2.2.2.3. El Procedimiento Administrativo	31
2.2.2.4. Principios que rigen el procedimiento administrativo.....	32
2.2.2.4.1. Procedimiento Administrativo de aprobación automática.....	37

2.2.2.5. Procedimientos administrativos especiales	40
2.2.2.5.1. El procedimiento Trilateral.....	40
2.2.2.5.2. El procedimiento Sancionador	46
2.2.3. Los principios del Proceso de la Justicia Administrativa	57
2.2.3.1. Los Principios del Proceso Civil. Explicación respecto del Proceso de la LPCA	57
2.2.3.2. Los Principios Pro Homine de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584.....	61
2.2.4. Nociones Preliminares acerca del Proceso Contencioso Administrativo	66
2.2.4.1. Lo contencioso administrativo.....	66
2.2.4.2. Finalidad del proceso contencioso administrativo.....	68
2.2.4.3. Alcances del control jurisdiccional de la Administración Pública.....	68
2.2.4.4. Objeto del Proceso de la Justicia Administrativa en la LPCA	69
2.2.4.5. Actuaciones u omisiones impugnables mediante el proceso contencioso administrativo.....	70
2.2.4.6. Actos de la Administración Pública no impugnables en la vía contencioso administrativa	71
2.2.5. Sujetos del Proceso Contencioso Administrativo	72
2.2.5.1. Legitimación en el Proceso Contencioso Administrativo	72
2.2.5.2. Legitimidad para obrar pasiva en el Proceso Contencioso Administrativo.....	74
2.2.5.3. Intervención de Terceros en el Proceso Contencioso Administrativo.....	75

2.2.5.4. Representación y Defensa de las Entidades de la Administración Pública en el Proceso Contencioso Administrativo.....	76
2.2.6. La Carga de la Prueba: Interpretación Pro Homine frente a la Judicatura.....	76
2.2.6.1. El Uso de los Medios probatorios. Remisión al Proceso de la Justicia Administrativa	76
2.2.6.2. La Carga de la Prueba.....	79
2.2.6.3. La Administración y su Obligación de Colaboración en el Proceso	80
2.2.7. Incompatibilidad Normativa	80
2.2.7.1. Concepto.....	80
2.2.7.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa	81
2.2.7.3. La exclusión.....	82
2.2.7.3.1. Criterios de validez de la norma	82
2.2.7.3.2. Jerarquía de las normas.....	83
2.2.7.3.3. Las normas legales.....	87
2.2.7.3.4. Antinomias	93
2.2.7.4. La colisión.....	104
2.2.7.4.1. Concepto.....	104
2.2.7.4.2. Control Difuso	105
2.2.7.4.3. Test de proporcionalidad	114
2.2.8. Técnicas de interpretación.....	120
2.2.8.1. Concepto.....	120
2.2.8.2. La interpretación jurídica	120
2.2.8.2.1. Conceptos	120
2.2.8.2.2. La interpretación en base a sujetos	121

2.2.8.2.3. La interpretación en base a resultados	124
2.2.8.2.4. La interpretación en base a medios.....	125
2.2.8.3. Integración jurídica	127
2.2.8.3.1. Concepto	127
2.2.8.3.2. Finalidad de la integración jurídica	128
2.2.8.3.3. Principios generales	128
2.2.8.3.4. Laguna de ley.....	130
2.2.8.3.5. Argumentos de interpretación	131
2.2.8.4. Argumentación jurídica	136
2.2.8.4.1. Concepto.....	136
2.2.8.4.2. Vicios en la argumentación	136
2.2.8.4.3. Argumentación en base a componentes.....	138
2.2.8.4.4. Argumentación en base a sujeto	141
2.2.8.4.5. Argumentos interpretativos	148
2.2.8.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.....	162
2.2.8.4.7. Problemas de la argumentación jurídica.....	165
2.2.9. Derecho a la debida motivación	167
2.2.9.1. Importancia a la debida motivación	170
2.2.9.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces	170
2.2.9. Derechos fundamentales	175
2.2.9.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	176
2.2.9.2. Conceptos	176
2.2.9.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	176
2.2.9.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho	177
2.2.9.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	179

2.2.9.5.1. Dificultades epistemológicas	180
2.2.9.5.2. Dificultades lógicas	183
2.2.9.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio	185
2.2.9.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio	185
2.2.10. Medios Impugnatorios en la LPCA	189
2.2.10.1. El Derecho a cuestionar la Decisión del Juez de lo Contencioso Administrativo	189
2.2.10.2. Los recursos impugnativos del artículo 35 de la LPCA	190
2.2.10.3. No procedencia del recurso de casación en las pretensiones del artículo 35. La reestructuración de la intervención casacional del Tribunal Supremo del Perú respecto del proceso urgente de la LPCA	191
2.2.10.4. El artículo 36 de la Jurisdicción de Justicia Administrativa: Requisitos de Admisibilidad y Procedencia de los Medios de Impugnación	193
2.2.11. Recurso de casación.....	194
2.2.11.1. Causales según caso en estudio	194
2.2.11.2. Fines de la casación	196
2.2.11.3. Causales	196
2.2.11.3.1. Causales sustantivas	198
2.2.11.3.2. Causales adjetivas.....	202
2.2.11.4. Elementos de la seguridad jurídica.....	206
2.2.11.5. La previsibilidad de los fallos judiciales, la uniformidad de la jurisprudencia	207
2.2.11.6. Requisitos de admisibilidad.....	207
2.2.11.6.1. Resoluciones recurribles.....	207
2.2.11.6.2. Plazo	208

2.2.11.6.3. Tasa Judicial	209
2.2.11.6.4. La legitimidad para recurrir en casación	209
2.2.11.7. Errores in procedendo.....	210
2.2.11.7.1. Emplazamiento del demandado.....	210
2.2.11.7.2. La constitución propiamente de la relación procesal.....	211
2.2.11.7.3. La competencia del Juez.....	212
2.2.11.7.4. Legitimidad de las partes	212
2.2.11.8. Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal	212
2.2.11.8.1. Impugnación de vicios procesales	212
2.2.11.8.2. Negación de la prueba	212
2.2.11.8.3. Prueba actuada sin citación contraria	213
2.2.11.8.4. Apreciación de la prueba	214
2.2.11.8.5. Citación para la sentencia.....	215
2.2.11.8.6. El fin del proceso.....	215
2.2.12. La sentencia de lo contencioso administrativo y su ejecución	216
2.2.12.1. Lo contencioso administrativo y el cumplimiento de la decisión judicial final	216
2.2.12.2. La sentencia	217
2.2.13. Sentencia casatoria	221
2.2.13.1. Etimología	221
2.2.13.2. Estructura de la sentencia.....	221
2.2.13.2.1. La determinación de los hechos.....	221
2.2.13.2.2. La interpretación de los hechos	222
2.2.13.2.3. La subsunción.....	223
2.2.13.2.4. Motivación de la sentencia	224
2.2.13.2.5. Fines de la motivación.....	225

2.2.13.2.6. La clasificación de los fundamentos de la sentencia	226
2.2.14. El razonamiento judicial	226
2.2.14.1. El silogismo	227
2.2.14.2. La importancia del razonamiento jurídico	227
2.2.14.3. El control de la logicidad.....	228
2.3. Marco Conceptual	229
2.4. Sistema de hipótesis	231
2.5. Variables	231
III. METODOLOGÍA	232
3.1. El tipo y nivel de la investigación	232
3.2. Diseño de la investigación.....	233
3.3. Población y muestra	234
3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores	234
3.5. Técnicas e instrumentos	236
3.6. Plan de análisis	236
3.7. Matriz de consistencia	238
3.8. Consideraciones Éticas	241
IV. RESULTADOS	242
4.1. Resultados.....	241
4.2. Análisis de resultados	249
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	264

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	268
ANEXOS:	274
ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de las Variables	275
ANEXO 2: Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable.	277
ANEXO 3: Declaración de Compromiso Ético.	285
ANEXO 4: Sentencia de la Corte Suprema	286
ANEXO 5: Matriz de consistencia lógica.....	305
ANEXO 6: Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo)	306

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema	242
Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa.....	242
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación	244
Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema	248
Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de Interpretación	248

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución del presente informe de tesis, ha obedecido a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 09 (ULADECH, 2017), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razón por la cual, se denomina “Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, 2016” (ULADECH, 2017), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú.

Como puede desprenderse del título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de las sentencias provenientes de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional, siendo estas últimas materia de estudio, 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 debidamente motivada, los cuales se verán reflejados en el contenido del presente informe individual.

Por tal motivo, del propio Reglamento de Investigación (RI) se desprenderá la meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la línea de investigación, del cual provendrán los resultados alcanzados en el presente informe de tesis.

Razón por la cual siendo la investigación de tipo cuantitativa-cualitativa (mixta), de nivel exploratorio – hermenéutico, para la recolección de los datos se ha seleccionado un expediente judicial de proceso concluido, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia, lo que conllevará utilizar para ello las técnicas de la observación y el análisis de contenido, aplicándose una lista de cotejo el cual contendrá los parámetros de medición, referentes al tema de investigación, el cual será validado mediante juicio de expertos. Por lo que se evidencia que en el presente informe de tesis contó con rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos a obtener.

El sistema de administración de justicia pasa por un momento crítico: la negativa percepción ciudadana sobre la transparencia de las principales entidades que lo conforman pone en entredicho la consecución de la seguridad jurídica y la justicia pronta que defiende.

El Estado Social de Derecho no viene a ser más que el Estado de Derecho, en cuyo ordenamiento constitucional, se mantienen los derechos y libertades, individuales, pero ofrece al mismo tiempo un conjunto de nuevas libertades de carácter social asegurando además que el uso de esas libertades sea inequívoco y favorezca a todos los miembros de la nación, es decir pone al Estado a favor de los grandes intereses generales de la sociedad haciendo prevalecer la justicia sobre la ley.

Como consecuencia de este giro, evolutivo de ir de un Estado de Derecho eminentemente Burgués a un Estado Social de Derecho, nació y evoluciono la tendencia de reconocer a la Constitución como norma jurídica , esto en razón de que

si bien es cierto principalmente en Estados Unidos se consideraba, el valor jurídico de la Constitución, en Europa durante más de un siglo desde el nacimiento de las constituciones escritas, se mantenía la idea de que estas eran sobre todo textos políticos, y como tales debían defenderse políticamente.

Todos estos antecedentes hicieron surgir la idea de que la constitución aparte de ser la norma máxima, para su defensa tenía necesariamente que contar con una serie de garantías constitucionales, que hicieran posible invocar su plena validez ante los tribunales, como producto de ello se incorporó en los textos constitucionales una jurisdicción especializada mediante lo llamados Tribunales Constitucionales, primero en Austria, más tarde, en Checoslovaquia y España, consolidándose de esta manera lo que podemos denominar Estado Constitucional de Derecho, cuya principal característica es justamente la existencia de jurisdicción constitucional, propia de naturaleza especial que busca garantizar los derechos consagrados en la constitución.

El Estado Constitucional de Derecho, como se ve al incorporar ciertas garantías de aseguramiento de la Constitución y reconocer el carácter de norma jurídica de esta y su fuerza vinculante, no sólo acogió el principio de legalidad o primacía de la ley, sino que lo perfeccionó con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley o principio de constitucionalidad, entendido como la existencia, plena vigencia y respeto al orden constitucional, a partir de allí las leyes quedaron subordinadas al texto constitucional, así como todos los actos de los particulares, de los órganos del Estado siendo contrarios e inconstitucionales y consecuentemente nulos los que no se adecuan a ella.

La primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, según la doctrina adoptada por Kelsen y hoy incuestionablemente admitida por un gran sector de doctrinarios, en que

el orden jurídico es un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución.

Por lo que la Constitución no sólo 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 sólo 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).

Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente la 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 del TC en parte, no es así, puesto que ellos de alguna manera encuentran la comprensión del texto normativo, lo cual permite que sean creadores del Derecho, por lo que nuestros magistrados ordinarios evidencian de ésta 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 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 según caso en estudio al derecho

de permanencia laboral bajo el amparo de la Ley N° 24041, 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 presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante Casación N° 892-2013-ANCASH, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la M.P.H., de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante a fojas 288 a 289, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce obrante a fojas 274 a 282, sin costas y costos DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley, en los seguidos por M.R.P.U.G., sobre impugnación de Resolución Administrativa; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo C.Z. S.S. R.M, C.R., T.V., M.R.T., C.Z.

Ante esta problemática, se abordó el siguiente problema de investigación:

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote, 2017?

Para poder abordar el problema de investigación, se trazó el objetivo general:

Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote. 2017.

Para alcanzar el objetivo general se trazó objetivos específicos:

1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad.
2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a los principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

El presente informe de tesis surgió de la problemática en la realidad social peruana, en donde pese a la no existencia de la incompatibilidad normativa; se evidenció que la sentencia emitida por la Corte Suprema, existió la utilización de técnicas de interpretación adecuada, donde refleja la argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. Por ello es fundamental el presente estudio, correspondiente a las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

Motivo por el cual, los más beneficiados con el presente informe de tesis, van ser los justiciables, quienes en su condición de usuarios de sistema de administración de justicia, percibirán un pronunciamiento claro y de fácil comprensión, en tanto que a los Magistrados poder concientizar respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación sobre incompatibilidad normativa, se tratará de evidenciar que una sentencia de la Corte Suprema sea motivado, empleando un razonamiento judicial, argumentación jurídica y una adecuada interpretación de normas, los cuales se demostrará con la satisfacción plena de los justiciables.

Es entonces, que el informe de tesis ha contado con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que toda Sentencia de la Corte Suprema deben contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las incompatibilidades normativas.

El informe de tesis, contiene un valor metodológico, con el que se logra evidenciar a través del procedimiento de recolección de datos, plasmados en los cuadros de

resultados y análisis de los mismos, proveniente del expediente judicial, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual hará posible analizar la aplicación de técnicas de interpretación frente a incompatibilidades normativas y legales provenientes de la sentencia que emiten la Corte Suprema y de ésta forma resolver la interrogante establecida en nuestro enunciado.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Antecedentes

Hurtado (2011), en Perú, investigó: “*El control de hechos en casación: ataque frontal a los dogmas que rigen en la Casación Civil*”, y sus conclusiones teóricas y estadísticas fueron: 1) El recurso de casación es un recurso extraordinario para el control normativo que afecte directamente la decisión, no sirve para agotar una instancia más de las ya trasuntadas, por lo cual no se puede sustentar este recurso en una petición que implique la revaloración del material probatorio; 2) La valoración del material probatorio y la revaloración del mismo, sólo es de competencia de los jueces de fallo, el recurso de casación no sirve para hacer una tarea de revaloración de la prueba. No es admisible en casación la reevaluación del material probatorio, pues ello desnaturaliza el recurso de casación y lo convierte en tercera instancia; 3) La corte de casación se encuentra prohibida de modificar o cambiar los hechos que se han considerado probados por los jueces inferiores y sobre los cuales se ha efectuado ***una correcta valoración***, porque ellos serán el insumo necesario para la calificación jurídica. De ahí la importancia de que se den como probados o improbados los hechos que ayudan a resolver el conflicto. 4) Los hechos establecidos por los jueces de mérito sólo son revisables en casación cuando el juez al fijarlos o apreciarlos ha incurrido en supuestos de arbitrariedad; 5) La corte de casación debe respetar los hechos declarados como probados por los jueces de fallo, siempre que a éstos se haya llegado a partir de una valoración adecuada del material probatorio. El juez de casación respetará los hechos fijados por los jueces de mérito siempre que ellos respondan a una correcta valoración del material probatorio; 6) Si la labor de dar por probados o improbados

determinados hechos se hizo *correctamente* por el juez de mérito, entonces, esta situación no puede volver a ser revisada ni corregida por la corte de casación, no podrá hacer una revaloración de lo que ya fue valorado. Pero, no podemos llegar al absurdo de que el juez de casación debe -a ultranza, sin posibilidad de cuestionamiento - respetar los hechos que los jueces dieron por probados o improbados, cuando se aprecia que las conclusiones probatorias son erradas, porque esta posición no acerca a un dogma; 7) La causal de casación por sentencia arbitraria implica la inadecuada valoración del material probatorio por haberse omitido valorar pruebas decisivas, por valorar pruebas ilícitas, por sacar conclusiones deferentes a las que arrojan determinados medios de prueba, porque la valoración quiebra las reglas procesales pre establecidas sobre valoración, entre otros supuestos; 8) El error en la valoración de la prueba para ser controlado en casación debe tener una gravedad e incidencia que afecte directamente en el resultado de la decisión; 9) No es correcta la afirmación que señala que el juez de casación no se relaciona o no se vincula con la cuestión fáctica, es decir, con los hechos del proceso. El juez de casación no está aislado a los hechos del proceso. Los hechos del proceso son el insumo procesal para resolver, inclusive en sede casatoria. Para prescindir de ellos. Los hechos siempre acceden a casación unidos al derecho; 10) La fusión fáctica y jurídica se encuentra presente en el proceso ab initio y en cualquier fase del mismo, incluyendo la etapa de casación. Por lo cual, resulta poco serio señalar que la corte de casación no pueda ejercer control de hechos, lo hace más bien como parte de sus funciones al verificar si la aplicación del derecho es la correcta al caso concreto; 11) En casación no se encuentran absolutamente vedados los temas probatorios. Aunque se debe indicar que se trata de una actividad excepcional, pues la prueba (concretamente su valoración para resolver el conflicto) está básicamente reservada para los jueces de instancia y por la naturaleza del recurso de casación; 12) El

Juez de casación puede controlar la regularidad de la actividad probatoria realizada por los jueces de mérito, ya que es posible hablar de la falibilidad del juez al manejar los hechos, concretamente en la determinación de los hechos probados o no probados, a partir de la valoración de la prueba; 13) El control de hechos en casación y revaloración de la prueba en casación, al parecer son dos caras de la misma moneda, apareciendo entre ambos un *elemento común*: los hechos del proceso. A su vez se presenta una *situación problemática* que no permite un adecuado entendimiento de la temática: la ilusa separación en el proceso del hecho y el derecho; 14) No es absoluta ni rígida la regla de que el juez de casación no puede valorar los medios de prueba, lo puede hacer excepcionalmente, cuando destruye la decisión y le corresponde actuar “en sede de instancia”, lo que lo convierte sólo en este único supuesto como juez resolutor y no propiamente controlador de la buena aplicación del derecho; 15) Las voces en el sentido de permitir control de la valoración de la prueba son minoritarias, pero los argumentos que la sostienen resultan convincentes y a ellas no adherimos. Más si ha quedado demostrado que en contra de lo que piensan los teóricos muestran las Salas de Casación normalmente resuelven controlando hechos y haciendo nueva valoración de la prueba y en algunos casos la misma Corte Suprema admitió la posibilidad de controlar la razonabilidad de la apreciación de la prueba; 16) Para el trabajo de calificación jurídica de una Corte de Casación, cuando se denuncian las causales de infracción normativa sustantiva relacionada con una aplicación indebida de la norma que resuelve el proceso, el juez de casación tiene la obligación de hacer un control de los hechos fijados por el juez, su trabajo consistirá en verificar si se ajustan a aquellos que se encuentran contenidos como supuesto de hecho de la norma que debe necesariamente resolver el conflicto o si están desconectados con la norma que aplicó el juez al resolver; 17) La invocación de una valoración errada o ilógica del juez respecto

del material probatorio no debe buscar que la Sala de Casación haga una (nueva) valoración del material probatorio como si fuera un juez de fallo o una revaloración de la misma a partir de la efectuada por los jueces de mérito, pues esta posibilidad la convertiría en una tercera instancia. Siendo entonces que esta tarea de la Corte de Casación resulta ser un control de la valoración probatoria en sentido excepcional; 18) Se requiere la existencia de elementos suficientes de convencimiento – los cuales corren a cargo del impugnante- de que el juez no realizó un trabajo adecuado de apreciación o valoración del material probatorio, en consecuencia se debe deducir del recurso la presencia de problemas graves de motivación en la sentencia respecto del resultado de la valoración de la prueba del proceso (decisión absurda o con un atentado a elementales criterios lógicos). Por lo cual no bastará una simple alegación del recurrente de la misma sino que más bien, que ésta debe probarse, que la alegación sea objetiva y que el error de valoración sea grosero, en otras palabras que se trate de una arbitrariedad manifiesta; 19) La imputación de incorrecta valoración de la prueba no debe buscar la imposición del criterio de valoración propia del impugnante, pues ésta suele estar sustentada en la defensa de intereses de quien recurre la decisión, en tanto la mayoría de la población muestral (69%) considera que el recurso de casación civil no permite las cuestiones de hecho ni hacen una revaloración de la prueba. Ello valida la primera hipótesis de trabajo planteada: H1: Son susceptibles de control casacional las sentencias absurdas, arbitrarias o que quiebren las reglas de la prueba que afecten el debido proceso sin que ello implique una revaluación de la prueba; 21) Un significativo porcentaje de la población (56%) conoce la calificación de sentencias arbitrarias y absurdas. Este resultado de las encuestas, en esta pregunta, contrasta la hipótesis: H1: Son susceptibles de control casacional las sentencias absurdas, arbitrarias o que quiebren las reglas de la prueba que afecten el debido proceso sin que ello implique una

revaluación de la prueba; 22) El 73% de la población encuestada sostiene como posible la formulación de recurso de casación contra sentencias absurdas, arbitrarias o que quiebren las reglas de la actividad probatoria cuando afectan el debido proceso, sin que ello implique la revaluación de la prueba, con esta opinión se estará validando la hipótesis de trabajo H3: El control de hechos en casación constituye una actividad excepcional y sujeta a limitaciones que no permiten su uso en cualquier situación; 23) El 56% de la población encuestada sostiene que el control de hechos si desnaturalizaría la casación civil, es decir que con esta opinión no se estaría en apariencia no validando la siguiente hipótesis de trabajo: H2: Es posible el control de hechos en casación sin que ello desnaturalice su esencia de recurso extraordinario y genere una tercera instancia. Sin embargo, ello no es así, porque la variables contenidas en las hipótesis lo extraordinario del recurso y no propiciar una tercera instancia es una posición que hemos asumido en el desarrollo teórico del presente trabajo, lo cual además es ratificado de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, el control de hechos per se no desnaturaliza el recurso de casación, si se hace el control en los supuestos que ya hemos indicado, por lo cual, en ese sentido nuestra H2 se estaría confirmando; 24) El 71% de la población muestral considera que no es correcto el tratamiento que viene dando la Corte Suprema a los temas de control de hechos en casación, con ello estaríamos validando la hipótesis: H4: Las decisiones de nuestra Corte Suprema en mayoría no admiten el control de hechos ni la revaloración de la prueba; 25) Un significativo porcentaje 39% que representa la mayoría de la población muestral considera como causal de los recursos de casación si se permitiría el control de hechos: La infracción normativa de norma de derecho material y por infracción normativa de norma de derecho procesal.

Núñez (2012), en Perú, investigó: “*La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*”, y sus conclusiones fueron: Desde la perspectiva cultural, (i) el razonamiento judicial quedó disminuido: si el juez estaba limitado a ser la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, entonces en su pensamiento no podían caber principios, ni argumentación jurídica y peor aún control judicial de las leyes. (ii) juez burócrata: el juez, a diferencia de lo que pasaba con Estados Unidos, no era defensor de la libertad ni de los derechos, sino un burócrata más de la Función Ejecutiva; esto explica el poco enfoque que tienen en la justicia de calidad como servicio (como la crítica a la burocracia weberiana). (iii) juez como personaje principal de la cultura jurídica latinoamericana: el Derecho es un lenguaje complicado que no toda la población comprende y que culturalmente ha tendido a los formalismos exagerados, para mantener su distancia de la población; en este aspecto los jueces son la cara inaccesible del Derecho y con ello aprovechan para aplicar la debilidad selectiva de la ley (para favorecer a los cercanos al poder. La casación, con este bagaje histórico-cultural, es una institución que disminuye la posición de la Función Judicial como poder del Estado. La primacía de la legalidad somete al juez a la ley, como garantía de que su arbitrio no se convierta en arbitrariedad, porque la ley era la expresión de la libertad soberana del pueblo. Pero Austin, ya nos advirtió que el Parlamento también era capaz de cometer arbitrariedades a través de la ley; pero la casación no atiende a esta advertencia porque su relación es intrínseca con la ley. Así entonces, la casación es una institución de vigilancia en favor de la ley; incluso, como dice Morello, hermanada a ella. Cumple la función de observar que el juez aplique la exacta literalidad de la ley, o que la interprete en función de la voluntad del legislador. Entonces, la casación es una institución que beneficia a la Legislatura, que confirma la supremacía del legislador y el sometimiento del Poder Judicial a él. Con esto se reafirma el postulado de que el Poder

Judicial es un poder nulo, incapaz de formar un gobierno bien equilibrado, pues los controles y equilibrios de la división de poderes de Montesquieu no aceptaban el control a la voluntad de la mayoría. Entonces encontramos un Estado sin controles. En donde, al contrario de lo que pensaba Rousseau, el modelo europeo continental de división de poderes no era una garantía de libertad sino un camino a la arbitrariedad; y en él, la casación es un elemento más que contribuye al desbalance. Desde una perspectiva teórica, la casación es una institución fundamentada en el positivismo teórico. En él se adopta una teoría mecanicista de la interpretación en la que se rechaza toda discrecionalidad del juez; pues considera que el sistema de reglas es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión. La casación observa en el razonamiento judicial si los silogismos han sido empleados correctamente, bajo una simple lógica monotónica; por este motivo, incluso se propuso que el órgano de casación no debía ser judicial sino que debía ser un anexo de la Legislatura. Entonces para la teoría casacional el ordenamiento jurídico está compuesto solamente de reglas, que los jueces deben seguir estrictamente bajo pura deducción silogística. Sin embargo esto resulta imposible por dos supuestos: (i) que el ordenamiento jurídico está compuesto por principios y reglas; (ii) en la interpretación existe una separación entre disposición y significado; y (iii) las normas pueden ser derrotables. A partir del debate Dworkin-Hart, ha quedado pacífico en los debates jurídicos, que el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios. También ha quedado claro que los principios no operan igual que las reglas. Los principios son mandatos que se cumplirán en mayor o menor medida (en función de circunstancias fácticas y jurídicas); mientras que las reglas son normas que se cumplen todo o nada. En este sentido la casación se concibió bajo la perspectiva de que solo existen reglas en el ordenamiento jurídico, así se encargaba de revisar si las normas debían cumplirse o no. Pero en cambio sobre los

principios no puede predeterminar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) qué principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos. La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado). La casación no puede dedicarse a controlar el cumplimiento del simple texto, porque de la literalidad no se puede obtener significado alguno sin interpretación. La casación debe entonces renunciar a aquella tesis de la interpretación mecanicista que la fundamentaba, y debe en cambio aceptar que existirán sentidos interpretativos coherentes con el conjunto de valores del ordenamiento jurídico. Será entonces el deber de la casación, no solo revisar el cumplimiento de la literalidad de la ley, sino de verificar la legitimidad de los sentidos interpretativos, materialmente adecuados con los principios constitucionales. Debemos tomar en cuenta que las normas tienen una estructura condicional que las hace normas *prima facie*. Esto se debe a la imposibilidad de determinar anticipadamente todas las condiciones necesarias para su aplicación quedando siempre la cláusula abierta de “a menos que...”, la misma que excepcionaría su aplicación. Ello hace entonces imposible que las normas funcionen bajo una lógica monotónica. Ahora bien, la casación tenía la función de vigilar la exacta observancia de la ley. Pero si tomamos en serio la posibilidad de que las normas sean derrotables, entonces la Corte de Casación no podría obligar a que siempre se cumplan las leyes; pues puede haber casos en los que haya operado la condición excepcional y que no haya debido aplicarse la norma.

Entonces la casación no puede limitarse a la revisión formal de la simple lógica deductiva para juzgar la correcta aplicación de las normas; pues deberá tomar en cuenta, también, la existencia de la derrotabilidad de las normas. A esto se le deberá sumar que los principios formales (como la seguridad jurídica) también pueden ser derrotables ante el grave perjuicio de principios materiales. Ahora, desde una perspectiva empírica tenemos que hablar necesariamente sobre la acumulación de carga procesal. De los últimos datos disponibles en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se desprende que al año 2009 existía una cantidad de casos pendientes por resolver de 8,777 (4,395 de ellos correspondían a casos acumulados y 4,382 a casos ingresados) de los cuales la Corte había resuelto 3,226. Es decir que tenía una acumulación de 5,551 casos. A esto se debe considerar que tras la Asamblea Constituyente 2007 se decidió reducir el número de jueces de treinta y uno a veintiuno. Esto supone que la cantidad acumulada se repartirá entre menos jueces. Pero esta realidad no parece ser única en el Ecuador, más bien parece ser un defecto de la institución. En Francia en el año 2006 se resolvieron alrededor de 32,000 casos, y para este trabajo existen más de 200 magistrados en la Corte de Casación. En Italia la situación es similar, la Corte resuelve casi 50,000 casos y tiene cerca de 500 magistrados. Esto se debe sin duda a que la casación ha sido concebida como una cuasi tercera instancia. Taruffo encuentra que la Corte de Casación tiene una crisis de identidad, en la que no sabe si es una tercera instancia o una verdadera Corte Suprema. Pero como se ha configurado en Francia, Italia y los países de Latinoamérica más se acerca a una tercera instancia puesto que: es el tercer nivel de impugnación porque su fin es controlar la legitimidad (exacta observancia de la ley) de cada caso concreto que viole la ley procesal o sustancial, por lo que debe eliminar los errores ya cometidos por los jueces anteriores; y, predomina la intención de reparar el interés de cada caso en concreto (*iuslitigatoris*) más que el

interés de proyectar la interpretación de las normas. En la práctica se ha dejado de lado la función unificadora de la jurisprudencia (que es en cambio la principal función del modelo de Corte Suprema). Si se considera que cada caso puede ser controlado por su legitimidad (control de exacta observancia de la ley) entonces tendremos que existe una enorme cantidad de decisiones casatorias, difícilmente coherentes para establecer criterios uniformizadores. Aunque en la práctica la casación actúe como una cuasi tercera instancia, tiene una limitación, pues no puede revisar hechos. Es una gran contradicción porque puede controlar el cumplimiento de la ley de cada caso concreto, pero no puede buscar la justicia de él. Esto se debe al límite que la casación le pone a la Corte para revisar hechos. Pese a ello existe una circunstancia en la que si actúa como juez de hecho y es cuando el control de legitimidad se hace sobre la motivación de jueces inferiores. Entonces la casación es una tercera instancia incompleta, puesto que no puede hacer justicia en el caso concreto. Por lo tanto nos encontramos ante una institución que no cumple ninguno de sus fines adecuadamente. Revisa la exacta observancia de la ley de cada caso, pero no puede hacer justicia. Busca uniformizar la jurisprudencia pero le es imposible por la inmensa cantidad de sentencias (algunas incluso contradictorias). ¿Qué debe hacer entonces la casación? Me parecería adecuado que decida escoger una de las dos funciones que se le ha asignado, pero que la realice adecuadamente. Sin embargo analicemos las posibilidades. La primera probabilidad es que la Corte, que ya funciona como una casi tercera instancia, además pueda revisar los hechos y haga justicia en el caso concreto. Es decir que vuelva a ser una auténtica tercera instancia. Pero ya se había argumentado cuando se eliminó la tercera instancia, y se adoptó la casación, que ésta era un alargamiento innecesario del proceso, que ya había habido dos pronunciamientos previos. Además la gran carga procesal que existía en la Corte Suprema le hacía imposible resolver inmediatamente. Todos los casos

subían a la Corte Suprema pero en ella había un número reducido de jueces. A esto se debe sumar la centralización de la Corte en la capital del país, lo cual merma el acceso al recurso de los litigantes no residentes en la capital. Esto nos quiere decir dos cosas: (i) sería inaceptable retomar la tercera instancia por la extrema dilación de los procesos; y (ii) una Corte Suprema centralizada no tiene la capacidad para revisar la justicia de cada caso concreto por límites en recursos humanos y porque no facilita el acceso. La segunda posibilidad es que la Corte de Casación sea eminentemente una Corte Suprema, en la que su vocación sea uniformizar la jurisprudencia. Esta función la realizaría a través de los precedentes, en cuyo caso, los criterios señalados por la Corte deberán ser seguidos por los jueces sucesivos en casos similares. El número de precedentes dictados debe ser restrictivo para que los criterios puedan ser coherentes y fácilmente inteligibles. Entonces tendríamos que eliminar la idea de que la casación tiene el deber de controlar la legitimidad de cada caso concreto y quedarnos con la proposición de que la Corte dictará una sentencia únicamente cuando, a partir de un caso concreto, tenga la capacidad de “... *crear Derecho objetivo pro futuro...*”, o en los términos de Taruffo, deba elegir “... *la interpretación más justa de la norma...*”. Para ello también debemos observar los parámetros del Estado Constitucional. Luego de todo lo dicho, la configuración del nuevo Estado Constitucional ecuatoriano nos dará una pauta de cuál será la ubicación de la casación. Para lo cual cito las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador: Si tomamos en serio estas palabras, debemos asumir que el Ecuador apuesta por una justicia más material, sin que las formalidades puedan sacrificarla. La casación es una institución eminente formal, por lo que debe reconfigurarse en el marco del Estado Constitucional. Así podemos decir que esta institución debe cumplir una función de protección de derechos fundamentales, sin embargo su esencia no le permite hacerlo, por lo que mi propuesta es la eliminación de la casación. Se debe eliminar la

casación porque es una institución que somete al Poder Judicial bajo el poder de la Legislatura, porque no es capaz de asumir un razonamiento no monotónico y porque es una tercera instancia que no cumple con el fin de justicia. En cambio propongo dos cosas. La primera es que debe haber salas o instancias judiciales, descentralizados en todo el territorio del país (que cumplan con un verdadero acceso a la justicia), para que resuelvan las acciones extraordinarias de protección (amparo contra decisiones judiciales) y así reparar la violación de derechos constitucionales cometidos en la actuación judicial. Lo segundo es que la Corte Nacional se conforme como una auténtica Corte de Precedentes, con el único fin de uniformizar la jurisprudencia. Para ello deberá tener una amplia discrecionalidad para escoger casos para su resolución. Un tamiz que se podría realizar a través del *writ of certiorari*. Este instrumento les permitiría no motivar si deciden no conocer el caso y solo lo aceptarían casos si: quieren solucionar una cuestión novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de posición sobre un criterio jurídico (*overruling*). Esta es una propuesta que podría tener un mayor desarrollo, sin embargo en esta investigación el diagnóstico está hecho. La casación es una institución arcaica que no es congruente con el propósito de efectividad de derechos fundamentales del Estado Constitucional.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho

2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado Legislativo de Derecho

Parece existir unanimidad en admitir que la teoría del Estado de Derecho supone la limitación del ejercicio del poder político por las normas jurídicas, como expresión de la

evolución del mundo jurídico-político hacia un mayor nivel de racionalización caracterizado por colocar, encima de la voluntad humana, un conjunto de reglas de juego a las que todos –gobernantes y gobernados deben someterse, con la consiguiente despersonalización del poder y el mando. Se trata, pues, de la forma de organización jurídico-política propia de nuestro tiempo, que supuso el reemplazo del “gobierno de los hombres” –y su tal vez mejor expresión absolutista con la famosa frase de Luis XIV, “*L’Etat c’est moi*” (“El Estado soy yo”)- por el “gobierno de las leyes” y la seguridad jurídica inherente y cautelatoria de la libertad y los derechos fundamentales, que iniciaron el camino del reemplazo del súbdito –al que se imponían las decisiones previas y unilateralmente adoptadas- por el ciudadano –a quien se debe persuadir para que las acepte-; con lo cual se estableció una nueva relación, bastante más equilibrada, entre la Autoridad (de los gobernantes) y la Libertad (de los gobernados).

Sin perjuicio de ello, en forma complementaria, se admite que en situaciones excepcionales consideradas anormales –porque afectan el desarrollo cotidiano de la convivencia- es posible la alteración de este equilibrio con miras a garantizar y consolidar el Bien Común general, siendo un “macro concepto de genealogía compleja, numerosos antecedentes y difícil caracterización” (Peña Freire, 1995),

La noción de “Estado de Derecho” fue un aporte de la doctrina publicista alemana, por obra de autores como Welcker, Mohl y Von Aretin, que preconizaron en todo momento una visión racional del Estado basada en el intelecto humano, con el propósito de excluir como justificación de su origen y existencia las consideraciones teológicas o irracionales (Ernst Wolfgang Böckenförde, 2000); siendo claro que se pretende imprimir a dicho modelo un objetivo claro: convertirse en instrumento viabilizador de la vida en

comunidad, tomando como principio fundamental de organización la razón (García Toma, Víctor, 2005).

El Estado de Derecho, claramente influenciado por el positivismo jurídico, se identifica plenamente el Derecho con la Ley, a la que se define formalmente como un acto de voluntad del Parlamento, sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos: “ley” es lo que el Parlamento ha decidido que sea “ley” a través de determinadas formas preestablecidas. Como afirma Pérez-Luño, el Estado de Derecho “dejará de ser entendido kantianamente como un estado limitado por la razón, y pasará a convertirse en un estado limitado por el derecho positivo, es decir, un Estado que se autolimita (...). Ello supone que el Estado debe delimitar y garantizar a través del derecho su actuación así como realizar la idea ética del Estado, que no viene entendida como un fin o contenido trascendente a la realidad estatal, sino como la propia sacralización de la autoridad estatal, o sea, del poder del monarca” (Antonio Pérez-Luño, 1984). De esta manera, el Estado se basa en el imperio de la ley, afirmando Schmitt que ese “Estado legatario” reposa sobre dos principios centrales: el principio de distribución –de derechos fundamentales a los ciudadanos como presupuestos a la autoridad del Estado-, y el principio orgánico –cimentado en la división de poderes- (Carl Schmitt, 1982).

Entre las características principales del Estado Legal de Derecho, tenemos:

- i. la distinción entre Estado y Sociedad;
- ii. el principio de supremacía de la ley (o principio de sometimiento de la autoridad a las leyes);
- iii. el principio de jerarquía normativa;

- iv. el principio de publicidad de las normas;
- v. el principio de irretroactividad de las normas;
- vi. la igualdad ante la ley (principio de igualdad); y,
- vii. la seguridad jurídica (principio de seguridad jurídica).

El Estado de derecho para nosotros es pues la actuación estatal y de las autoridades que la conforman de acuerdo a derecho o a las leyes establecidas para su actuación. Ello pues señalará que el estado debe actuar bajo un principio de legalidad.

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho

Durante el siglo XVIII, posterior a la Revolución francesa y a la Independencia de las 13 colonias, van surgiendo las primeras constituciones en el mundo, ellas para garantizar el respeto a los derechos de los ciudadanos o en general de la sociedad. Esto pues es lo que se llamará Estado constitucional de Derecho, aquellos estados que se rigen bajo una constitución. Señala Aníbal Torres que “El Estado Constitucional de Derecho es la forma de Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución” (Aníbal Torres, 2011, p. 1035). Es pues según el autor citado una forma de Estado de Derecho, se conserva la ley, pero surge una ley superior a todas las leyes del ordenamiento jurídico, esta es la Constitución.

Fue recién con la culminación de la Primera Guerra Mundial que se intensificó la crítica a la versión legal del Estado de Derecho y sus modelos institucionales aludidos, sosteniéndose que su formalismo los convertía en defensores del orden y del sistema de

intereses establecidos, mereciendo inclusive el calificativo de “Estado burgués de Derecho”.

Sin embargo, las mayores críticas provinieron una vez culminada la Segunda Guerra Mundial y advertidas las atrocidades cometidas en los regímenes nacionalsocialista alemán y fascista italiano, caracterizados por excesos y arbitrariedades a pesar de que la formalidad los catalogaba como Estados de Derecho (Allan Randolph Brewer-Carías, 1997)(José Asensi Sabater, 1996).

Ante tales lamentables acontecimientos, se inicia una revaloración del concepto “Constitución” y de su necesidad de convertirla en el parámetro fundamental de la convivencia, en la medida que se asuma como expresión no sólo de una voluntad jurídico-política especial que la consagra, sino de un conjunto de valores y principios generales que deben ser respetados; con lo cual –tal vez sin proponérselo- se experimentó una reformulación del concepto de Ley y del propio Estado de Derecho, que necesariamente deberá reflejar los aspectos filosófico-jurídicos establecidos en el texto constitucional. Y es que, como lo destaca Rivero, “la vieja idea, que domina todo el siglo XIX liberal, de la protección de la libertad por la ley tiende a sustituirse por la idea experimental de la necesidad de la protección de las libertades contra la ley. Y esta evolución ha hecho posible este fenómeno extraordinario, de la aceptación de una autoridad superior al legislador mismo, de una autoridad encargada de imponer al legislador el respeto de la Constitución” (Jean. Rapport de Synthesè Rivero, 1992).

Con ello también se rescata la noción de “Estado Constitucional” que apareciera, históricamente, con los dos grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses

americano y francés de finales del siglo XVIII, luego de un largo y paulatino proceso de desacralización del Estado, al que ya se comenzó a entender como obra humana y, por ende, del pueblo, a quien correspondía el establecimiento de sus modos y formas de organización, así como la titularidad de la soberanía. De esta manera, el Estado constitucional será asumido como la forma jurídica que habrá de lograr garantizar racionalmente el principio de que los ciudadanos están sometidos sólo al poder que de ellos emane y gobernados por las autoridades que libremente elijan, con lo cual la misma forma de organización propugnada supone la limitación y control del poder mediante el Derecho con el objetivo de preservar la libertad ciudadana (Manuel Aragón Reyes, 1997).

Entre las notas más saltantes del Estado Constitucional de Derecho, se pueden mencionar:

- i. El reconocimiento de la dignidad de la persona humana (con sus tres consecuencias básicas: el reconocimiento de la autonomía privada y respeto de la libertad ciudadana, el reconocimiento de derechos fundamentales y la consagración del principio de interdicción de la arbitrariedad);
- ii. El modelo democrático;
- iii. La primacía de la Constitución sobre la ley (principio de constitucionalidad);
- iv. La supremacía de la Constitución como norma vértice del ordenamiento jurídico;
- v. La justiciabilidad constitucional (progresiva judicialización de la actividad estatal);
- vi. La división de poderes;

- vii. La pluralidad de ordenamientos normativos y de fuentes del derecho; y,
- viii. El sentimiento constitucional (la cultura como elemento fundamental de la dinámica jurídica moderna).

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)

2.2.2. La vía administrativa

2.2.2.1. Motivación del acto administrativo

El artículo 3 de la Ley N° 27444 regula los requisitos de validez del acto administrativo y en su inciso 4) contempla como tal a la motivación del citado acto, señalando que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Según (Hinojosa, 2010) la motivación del acto administrativo deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores (es decir, a los hechos probados relevantes del caso específico) justifican el acto adoptado. Pudiéndose motivar el acto administrativo mediante la

declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 incs. 6.1) y 6.2) de la Ley N° 27444. (p. 27)

La exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración es denominada motivación. Para el régimen nacional, la motivación ha dejado de ser solo un elemento formal del acto administrativo, para inscribirse dentro del aspecto esencial de la sustancia del acto (Morón Urbina. 2009).

El incumplimiento de la motivación administrativa puede dar lugar a consecuencias sobre los actos administrativos mismos y sobre las autoridades que los emiten. Las sanciones sobre los actos son la nulidad (Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 10.2) cuando se omita la motivación o ella revele contravención legal o normativa; o la necesidad de dictar un nuevo acto para enmendarlo (Artículo 14.2.1, y 14.2.2.)

Por lo que cabe señalar que no son admisibles como motivación del acto administrativo (según se colige del art. 6 inc. 6.3) de la Ley N° 27444:

- La exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto.

- La exposición de fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto administrativo.

Asimismo el inciso 6.4. del artículo 6 de la Ley N° 27444 resulta inexigible la motivación de actos administrativos en los siguientes casos:

- A. Si se trata de decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento administrativo.
- B. Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derecho de terceros.
- C. Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

La motivación cumple, dentro de la concepción del acto administrativo las siguientes funciones (Morón Urbina, 2009):

- a. Propiciar que las autoridades se pronuncien con seriedad y el rigor en la formación de la voluntad de la Administración y aseguren su adecuación al ordenamiento jurídico.
- b. Cumple un rol informador, ya que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, y permite, tanto al administrado como a los superiores con potestades de revisión del acto, asumir conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa, para poder articular su defensa con posibilidad de criticar las bases en que se funda e

- impugnarla; o para que el superior jerárquico al conocer el recurso pueda desarrollar el control que examinando todos los datos y si se ajusta a la ley.
- c. Cumple una función justificadora sobre los aspectos de contenido del acto administrativo, proyectándose como la argumentación que ofrece el razonamiento lógico preparatorio de la conclusión o la decisión administrativa.
 - d. Facilita el control de la Administración por el Poder Judicial ya que al vincular el acto a la legalidad, la motivación expresa la forma en que autoridad ha entendido que se concreta la adecuación del acto al fin previsto por la norma, u otorga así racionalidad u objetividad a la actuación administrativa.

2.2.2.2. Eficacia del acto administrativo

La eficacia (Aníbal Torres, 2014, p. 86) es la aptitud que poseen los actos jurídicos para producir las consecuencias de toda clase que confirme a su naturaleza deben producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando, o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados. Si bien la consecuencia típica es la ejecutividad y la ejecutoriedad (Artículo 192), cada acto administrativo tiene sus efectos propios, tales como la habilitación para ejercer alguna actividad, en caso de las licencias y las autorizaciones, la existencia de obligaciones en los administrados, la creación de derechos en los administrados, etc. (Parada, 2015, pp. 187 y 188).

De ordinario, la eficacia de un acto administrativo debe analizarse desde tres dimensiones: sujetos vinculados, lugar y tiempo.

Desde el punto de vista de los sujetos vinculados, tenemos que la eficacia del acto administrativo, como acto de poder público, es general, incluyendo a las autoridades administrativas, a los administrados comparecientes y no comparecientes en el procedimiento, sin que pueda excusarse su cumplimiento por desconocimiento, error, nulidad, etc., en tanto no sea retirado del mundo jurídico mediante algún mecanismo idóneo previsto en la ley (Morón Urbina, 2009, p. 218).

Desde el punto de vista del tiempo, el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el Capítulo III (Eficacia de los actos administrativos) del Título I (Del régimen jurídico de los actos administrativos) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444). Así lo establece el artículo 16 inc. 16.1) de la Ley N° 27444.

Un acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado a su destinatario o publicado, pero en cambio, no por ello se encuentra privado de validez. Por ello el acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto (art.16 inc. 16.2) de la Ley N° 27444.

Empero conforme lo faculta el inciso 17.1) del artículo 17 de la Ley N° 27444, la autoridad (administrativa) podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción. Como también tiene

eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda (art. 17 inc. 17.2) de la Ley N° 27444.

2.2.2.3. El Procedimiento Administrativo

Mucho ha debatido la doctrina acerca de la estructura técnica del procedimiento, sobre si debe permanecer como institución procesal dentro de sus límites originales, o, lo que es lo mismo, si se trata de un acto-complejo o una voluntad resultante de la integración progresiva de otras voluntades y elementos que, de tal modo, constituyen partes carentes de autonomía e integrantes de una decisión final (acto-procedimiento). Frente a esta tesis, se expresa que por el contrario, el procedimiento se trata de una cadena cuyos elementos se articulan por un vínculo común y proyección unitaria pero sin confundir su individualidad propia (Morón Urbina, 2009, p. 224).

La tendencia predominante afirma el carácter procesal de la vía administrativa, considerando que los actos jurídicos integrantes del procedimiento (informes, resoluciones, peticiones, etc.) tienen una función diversa, responden a sus propias reglas de generación y eficacia, incluso como afirman García de Enterría y Fernández (1990, pp. 386 y 397)– “cada uno sigue para su formación, procedimientos específicos distintos al principal y finalmente, su validez sigue suerte diferente.

Así, desde la visión doctrinaria, “la estructura del procedimiento administrativo se muestra como una integración coordinada de actos procesales –fundamentalmente recepticios– dirigidos a un fin unitario (preparar una decisión final) y originados por los diversos sujetos partícipes del proceso” (Manuel María Díez, 1971, p.219)

El procedimiento administrativo (en general) es regulado principalmente en el Título II (Del procedimiento administrativo) y Título III (De la revisión de los actos en vía administrativa) de la Ley N° 27444, la misma que en el artículo 29 contiene su definición, señalando que: “Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades (administrativas), conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”. (Hinostroza, 2010, p.73).

2.2.2.4. Principios que rigen el procedimiento administrativo.

Según el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, (modificado por el Decreto Legislativo N° 1272), el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo, tal como lo señala debidamente (Hinostroza, 2010):

- **Principio de Legalidad.-** Las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- **Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho

Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

- **Principio de impulso de oficio.-** Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.
- **Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
- **Principio de imparcialidad.-** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
- **Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.
- **Principio de presunción de veracidad.-** En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley (Ley N° 27444),

responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

- **Principio de buena fe procedimental.-** La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados, y en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.
- **Principio de celeridad.-** Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
- **Principio de eficacia.-** Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.
- **Principio de verdad material.-** En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven

de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

- **Principio de participación.-** Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.
- **Principio de simplicidad.-** Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.
- **Principio de uniformidad.-** La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

- **Principio de predictibilidad o de confianza legítima.**-La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y contable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables
- **Principio de privilegio de controles posteriores.**- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.
- **Principio del ejercicio legítimo del poder.**- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

- **Principio de responsabilidad.-** La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
- **Principio de acceso permanente.-** La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia.

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo.
(Texto Modificado según el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272).

2.2.2.4.1 Procedimiento administrativo de aprobación automática

Según el artículo 30 de la Ley N° 27444 (Texto Modificado según el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272), todos los procedimientos administrativos que, por

exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades (administrativas) para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del Capítulo I (Disposiciones generales) del Título II (Del procedimiento administrativo) de la Ley N° 27444, en: Procedimiento administrativo de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo.

En cuanto al primero de los procedimientos administrativos enunciados, el artículo 31 de la Ley N° 27444 establece su régimen en los siguientes términos:

En el procedimiento (administrativo) de aprobación automática, conocido como aquellos procedimientos instituidos sobre la base la presunción de veracidad, donde la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad (administrativa) competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos) de la entidad (administrativa).

En este procedimiento, las entidades (administrativas) no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, debiendo sólo realizar la fiscalización posterior. Sin embargo, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la Ley N°27444.

Como constancia de la aprobación automática de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor.

Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad (por la cual en la tramitación del procedimiento administrativo se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita en la Ley N° 27444, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman: art. IV inc. 1), numeral 1.7) del T.P de la Ley N° 27444), aquellos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración (fiscalización que ha sido regulada en el art. 32 de la Ley N° 27444. (pp. 81-83)

Con la calificación de procedimientos de aprobación automática los procedimientos anteriores de permisos y autorizaciones, se convierten en simples avisos del inicio de actividades, y la prueba de la autorización dada, es el simple cargo de la solicitud, sin haber observación por parte de la entidad.

Si bien la norma ratifica que la única acción que corresponde a la Administración es la fiscalización, la Ley prevé el caso excepcional que no obstante haber obtenido la recepción conforme de la solicitud ante la mesa de partes, el administrado requiera

obtener adicionalmente un documento específico sin el cual no pueda hacer efectivo su derecho (Morón Urbina, 2009, p.228).

2.2.2.5. Procedimientos administrativos especiales

Los procedimientos administrativos especiales se encuentran normados en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, del artículo 227 al 257).

2.2.2.5.1. Procedimiento trilateral

A. Configuración

Como prescribe el inciso 219.1) del artículo 219 de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, el procedimiento administrativo trilateral, también llamado arbitral, es básicamente un procedimiento contencioso que se da entre dos o más administrados ante las entidades de la administración pública, en la medida que comprende un conjunto de actos y de diligencias tramitadas ante una entidad que actúa como Juez, cuya finalidad es la expedición de un acto administrativo destinado a producir efectos jurídicos sobre un particular determinado.

B. Inicio del procedimiento trilateral

El procedimiento administrativo trilateral al igual que todos los procedimientos administrativos se inicia mediante la presentación de una reclamación o de oficio, entendiéndose el primero como el planteamiento de la pretensión del administrado frente a otro, con un interés opuesto y ante la administración pública o quien hace sus veces; y adicionalmente el procedimiento trilateral se inicia de oficio cuando la

administración incoa el procedimiento en virtud del principio inquisitivo, en una clara búsqueda de protección del interés general.

Ello, se encuentra amparado en el artículo 219 inc. 229.1 de la Ley N° 27444, el procedimiento administrativo trilateral se inicia: mediante la presentación de una reclamación y de Oficio.

En la mayoría de los casos, no se trata propiamente de la colisión de derechos subjetivos sino de conflictos de intereses derivados de la intención de maximizar sus posiciones o conveniencias y que puestos en un mismo contexto requieren de ordenamiento y coordinación. Siendo su ambiente natural los conflictos de intereses en la autoridad en un rol subsidiario aun es esta actividad económica, es coherente con los procedimientos trilaterales que la autoridad brinde especial interés en favorecer la solución concertada de tales controversias. Con ello se aminoran los costos para las partes, pero además se conserva a la autoridad en un rol subsidiario aun en esta actividad (Christian Guzmán, 2007, p. 301).

En cuanto al acto de reclamación que da origen al procedimiento trilateral cabe diferenciar dos supuestos: las reclamaciones de primer grado, cuando la pretensión directamente se presenta ante la autoridad administrativa y se inicia un procedimiento trilateral; y las pretensiones de segundo grado, cuando lo que se presenta es la revisión de un acto emitido por una de las partes pretendiendo preliminarmente solucionar el diferendo; ejemplo servicios públicos, donde el regulado ejerce la primera instancia y resuelve la controversia, o en materia de contrataciones, donde se impugna el acto de la propia Administración en vía de recurso (Morón Urbina, pp. 262-263).

C. Contenido de la reclamación

La ley señala que la reclamación, debe contener los requisitos establecidos en el artículo 113 de la LPAG. Para la mejor caracterización de la reclamación en los procedimientos bilaterales, es oportuno establecer la diferencia del procedimiento bilateral con algunas situaciones procesales afines.

- a. Cuando el administrado que presenta recurso contra acto administrativo que favorece a otro administrado: esta situación se presenta cuando un administrado que no ha sido parte en un procedimiento administrativo, y plantea un recurso contra la resolución final de este procedimiento que otorga derechos o mejora el estatuto jurídico de otro administrado. En este caso, podría darse una contradicción, bastante parecida a la que puede darse en el proceso judicial: un administrado que defiende un acto de la Administración y un tercero que lo impugna. No obstante su cercanía, este supuesto es distinto al procedimiento bilateral, por cuanto el administrado plantea una pretensión directamente exigible a otro administrado, y la Administración resuelve como tercero imparcial; a diferencia del caso planteado aquí, donde la pretensión del recurrente es contra la autoridad para que reitere su acto administrativo que favorece a un administrado (Morón Urbina, p. 664).
- b. Cuando el administrado presenta denuncia contra otro administrado pidiendo sanciones: en este caso, el supuesto es parecido al anterior, pues la pretensión del administrado no se ejerce contra el otro administrado, sino directamente a la Administración para que ejerza sus atribuciones.

D. Contestación de la reclamación

El desarrollo de la dinámica del procedimiento trilateral está presidido por el principio procesal de contradicción o de audiencia bilateral, que determina la exigencia que dentro del procedimiento todas las partes gocen de iguales oportunidades para su defensa y para exponer sus intereses.

Dentro de esta perspectiva es que debemos entender la secuencia de actos procesales previstos en estas normas para confirmar el procedimiento trilateral: RECLAMACIÓN establecido en el artículos 221.1 y 222 y contestación de la reclamación (artículo 223.1), con lo que se intenta a la vez que las partes pueden ir decantando sus intereses y faciliten la preparación de la decisión administrativa.

E. La prueba en el procedimiento trilateral

De modo alguno, la actividad probatoria, es el resultado de un equilibrio entre el principio de la carga de la prueba que rige en materia procesal civil y que señala, quien afirma algo debe probarlo y los principios de la verdad material e impulso de oficio. En el procedimiento trilateral donde la administración actúa de modo neutral e imparcial, se debe velar por la preeminencia del principio del contradictorio, permitiéndole a las partes el ofrecer y producir las pruebas que respalden sus decisiones.

El artículo 225 de la Ley N° 27444, referido a la prueba en el procedimiento administrativo trilateral, prescribe que, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 171 al 189 de la indicada Ley (numerales estos últimos que versan sobre la prueba en el procedimiento administrativo en general), la administración sólo puede prescindir de la

actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de éstas.

F. Medidas cautelares en el procedimiento trilateral

Conforme lo establece la Ley N° 27444, en cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares, que tienen por finalidad la tutela preventiva del interés general o de los derechos subjetivos del reclamante, de modo tal que se puede asegurar la eficacia de la resolución final ante la inminencia de un peligro en la demora.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 234 inc.1) de la Ley N° 27444, en cualquier etapa del procedimiento administrativo trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al artículo 155 de la mencionada Ley.

En el procedimiento administrativo trilateral, si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa (de actos administrativos) previstas en los artículos 201 al 209 de la Ley N° 27444. Así lo determina el artículo 234 inc. 234.2 de la referida Ley.

En cuanto a lo referente a lo señalado por el artículo 234 inc.3 de la Ley N° 27444 en este tipo de procedimiento cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días, contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad (administrativa) en contrario, la apelación (contra la resolución que dicta una medida cautelar) no suspende la ejecución de una medida cautelar.

G. Acuerdo conciliatorio o transaccional en el procedimiento trilateral

Una de las motivaciones que sustenta la generación de cuerpos administrativos para la solución de asuntos contenciosos, a parte de los consabidos de búsqueda de celeridad, especialización y niveles de desconfianza hacia el Poder Judicial, ha sido la necesidad de liberar a la resolución de determinados conflictos de interés de la formalidad estricta con que los órganos jurisdiccionales tradicionales aprecian sus casos. En este sentido, la visión desaprensiva con que el Poder Judicial resuelve aspectos trascendentales para el ciudadano, alejado de valores tan comunes y simples como la verdad material, eficacia, o la mera realidad, ha servido de impulso para la generación de numerosos procedimientos administrativos contenciosos dentro de la Administración (Jose Luis Villar Palasi, 1996, p. 613).

A este respecto, resulta valida la afirmación de Villar Palasi en el sentido que para evitar los temores que despiertan los cuasi tribunales administrativos al presentar una composición exclusivamente vinculada a la Administración, existe la tendencia a favor de recurrir a la participación ciudadana en estos órganos de conciliación dando entrada a los particulares a esta tarea (1996, p. 613).

En el procedimiento administrativo trilateral, en los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad (administrativa) podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos con los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que

se hubieren dictado. Pudiendo dicho acuerdo ser recogido en una resolución administrativa conforme al art. 236 inc.1 e incisos 2 y 3 referentes a las formalidades como continuación del procedimiento de oficio.

H. La impugnación en el procedimiento trilateral

Deberá de cumplirse según lo señalado en el artículo 227 de la Ley N° 27444. La estructura recursal en los procedimientos trilaterales tienen connotaciones particulares:

- Cancelación del recurso de reconsideración (se limita en vía excepcional para casos en los cuales no exista autoridad superior)
- Por la particularidad de los reclamos en materia de servicios públicos, cuando estos hayan sido conocidos en primera instancia en los regulados, la Administración va a tener que estructurarse de modo tal que cree espacio para el recurso de apelación.

2.2.2.5.2. Procedimiento sancionador

A. Concepto

Según el profesor Dromi, señala que la capacidad primaria del Estado (poder) para establecer mandatos imperativos, necesita de ciertos atributos que la especifican dentro de su orden genérico y la fraccionan en facultades particulares. A estos atributos inherentes a la supremacía estatal e indispensables para que la administración cumple sus funciones de interés general, se les llama potestades administrativas, que no son sino aspectos del poder, de una capacidad superior de carácter formal y relacional del Estado.

B. Configuración

La potestad sancionadora solo se atribuye por ley, igualmente las conductas sancionables administrativamente solo se atribuyen por ley, siendo que el procedimiento sancionador se encuentra prescrito en los arts. 235 y siguientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), normado en el Capítulo II del Título IV (De los procedimientos especiales).

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en el mencionado Capítulo II del Título IV de la Ley N° 27444.

B. Principios de la potestad sancionadora administrativa

Considerando la existencia de una relación desigual entre el administrado y la administración, los principios del procedimiento administrativo sancionador adquieren vital protagonismo para que la referida relación no genere indefensión en el sujeto infractor durante el desarrollo del procedimiento; es decir el Estado goza de una facultad punitiva, esta debe realizarse sobre las bases de principios establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444: lo que literalmente es importante mencionarlo:

- **Legalidad.-** El principio de legalidad es por excelencia el pilar sobre el cual se desarrolla el accionar del Estado, en ese sentido resulta ser un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, ya que implica que la Administración Pública no puede actuar con discrecionalidad absoluta, ni mucho menos afectar los derechos fundamentales de los administrados que son parte en un proceso administrativo, en tal sentido el sentido de la norma señala: Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades (administrativas) la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas

que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

➤ **Debido procedimiento.-** El debido procedimiento es un principio que garantiza el correcto desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, es decir que las actuaciones realizadas por la administración se realicen sin soslayar los derechos que el ordenamiento jurídico concede al administrado.

➤ **Razonabilidad.-** La potestad sancionadora de la autoridad, debe estar establecido a que actúe evitando la infra punición y el exceso de punición, conforme expresamente prescribe: Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado,
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción
- e) EL beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

➤ **Tipicidad.-** El principio de tipicidad en materia sancionadora ha sido constitucionalizado en el artículo 2 literal 24 de la Constitución Política del Estado, luego ha sido establecido en la Ley 27444, con el contenido: Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones

previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias del desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Del análisis del este principio, nos conduce a identificar los siguientes aspectos: el contenido del principio de tipicidad exhaustiva, las particularidades de la tipicidad exhaustiva en materia administrativa, la colaboración reglamentaria en materia de tipificación.

- **Irretroactividad.-** La ley del Procedimiento Administrativo General señala en forma expresa que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

El presente principio, presenta una excepción, en el sentido que si luego de la comisión de una infracción, se emite un nuevo dispositivo legal que resulte favorable al administrado, la sanción será aplicada considerando la norma más beneficiosa. Solo en este supuesto una norma puede aplicarse retroactivamente.

- **Concurso de Infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
- **Continuación de Infracciones.-** Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30)

días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
 - b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
 - c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.
- **Causalidad.-** La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
 - **Presunción de licitud.-** Las entidades (administrativas) deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
 - **Culpabilidad.-** La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.
 - **Non bis in ídem.-** El principio Non bis in ídem se diluye en dos vertientes de garantía, denegando el inicio de un segundo procedimiento (dimensión

procesal) o denegando una segunda sanción (dimensión sustantiva), es decir por un lado expresa la imposibilidad de que puede recaer dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción; y por otro lado de que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

C. Competencia para ejercer la potestad sancionadora

La competencia de la autoridad administrativa, tiene como fuente en la Constitución y en la ley, y siendo así conforme lo establece el artículo 231 de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General: El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

D. Reglas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora

El artículo 231 - A de la Ley N° 27444, trata acerca de las reglas sobre el ejercicio de la potestad.

E. Determinación de la responsabilidad

El artículo 232 inc.1 y 2) de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

A diferencia de las sanciones administrativas que persiguen específicamente la represión administrativa por la ilicitud incurrida, todas estas medidas persiguen aspectos

complementarios para actuar la voluntad del poder público. Sin duda, la más trascendente de estas medidas, es la de naturaleza de reposición o correctiva.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan (art. 232 inc.2) de la Ley N° 27444.

Las medidas compatibles con el acto administrativo sancionador son las siguientes: las medidas de reposición, las medidas resarcitorias y las medidas de coacción o de forzamiento de ejecución administrativa.

F. La prescripción en el procedimiento sancionador

Los motivos lógicos que sirven de fundamento al instituto de la prescripción administrativa no son diversos de la prescripción en general. Por tanto, suelen converger en la motivación de este artículo, razones de seguridad jurídica, representadas por la necesidad de no prolongar indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción; así como razones de oportunidad, pues se afirma que cuando pasa largo tiempo sin efectuar el castigo, en buena medida, el tiempo modifica las circunstancias concurrentes y desaparece la adecuación entre el hecho y la sanción principal.

La facultad de la autoridad (administrativa) para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás

obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad (administrativa) prescribirá a los cuatro (4) años (art. 233 inc.1) de la Ley N° 27444.

El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 233, inciso 2), de la Ley N° 27444.

Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado (segundo párrafo de art. 233.inc.2) de la Ley N° 27444.

Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa (art. 233 inc. 3) de la Ley N° 27444.

G. Ordenamiento del procedimiento sancionador

Lo relativo al ordenamiento del procedimiento sancionador se encuentra normado en el Subcapítulo II (Procedimiento sancionador) del Título IV (De los procedimientos

especiales) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), en los arts. 234-237.

Caracteres del procedimiento sancionador.- Según el artículo 234 de la Ley N° 27444, numeral referido a los caracteres del procedimiento sancionador, para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad (administrativa) que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad (administrativa) lo permita.
2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades (administrativas) en sus procedimientos sancionadores.
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir (entiéndase constituir) y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2) del artículo 162 de la Ley N° 27444 (numeral este último que dispone que corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones), sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

Trámite del procedimiento sancionador.- De acuerdo a lo normado en el artículo 235 de la Ley N° 27444, las entidades (administrativas) en el ejercicio de su potestad

sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones (referidas al trámite del procedimiento sancionador):

- El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
- Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.
- Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad (administrativa) instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo 234 de la Ley N° 27444.
- Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la autoridad (administrativa) que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.
- Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad (administrativa) instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución, concluida la recolección de pruebas, la autoridad (administrativa) instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de la sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de

resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

- La resolución que aplique la sanción o la decisión de archivar el procedimiento será notificada tanto al administrado como al órgano u entidad (administrativa) que formuló la solicitud o a quien denunció la infracción, de ser el caso.

Medidas de carácter provisional en el procedimiento sancionador.- En el procedimiento sancionador, y tal como lo señala el artículo 236 inc. 1 de la Ley N° 27444, la autoridad (administrativa) que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 146 de la referida Ley.

Las medidas (de carácter provisional) que se adopten en el procedimiento sancionador deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto (art.236 inc. 2) de la Ley N° 27444.

El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten en el procedimiento sancionador se compensarán, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta (art. 236 inc. 3) de la Ley N° 27444.

Atenuantes de responsabilidad por infracciones administrativas.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 236-A de la Ley 236-A de la Ley N° 27444, constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

1. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235 de la Ley N° 27444.
2. Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

La resolución en el procedimiento sancionador.- Lo concerniente a la resolución en el procedimiento administrativo sancionador se encuentra normado en el artículo 237 de la Ley N° 27444, conforme al cual:

- En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.
- La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.
- Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

2.2.3. Los principios del Proceso de la Justicia Administrativa

2.2.3.1. Los Principios del Proceso Civil. Explicación respecto del Proceso de la LPCA

Según (Huamán, 2010) refiere:

- A. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.-** El CPC como norma del proceso civil cuyas reglas se aplican a todos los procesos, incluido el de la LPCA, expone que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. Tal mandato viene desde sede constitucional, siendo el artículo 139,3 quien señala a la tutela judicial efectiva en doble faz: como derecho y principio de la función judicial.

Respecto del proceso de la LPCA, materia de interés, la tutela jurisdiccional efectiva se conecta con el principio de igualdad procesal del artículo 2,2 de la norma procesal de justicia administrativa.

B. Los principios de dirección e impulso del proceso.- Los principios de dirección e impulso procesal vienen determinados por el artículo II del Título Preliminar del CPC. La conexión de estos principios se afirma en el sistema procesal publicístico, esto es donde el ámbito de las partes procesales se reduce para dar paso a un juez, director del proceso, va en directo por ello al principio de favorecimiento del proceso como de suplencia oficiosa, presentes en el proceso de la LPCA.

C. Los fines del proceso e integración de la norma procesal.- Todo proceso de la LPCA, asume como fin la resolución de conflictos o diferencias jurídicas, finalidad que atiende no sólo a lo jurídico sino igualmente a lo social. Podría darse el caso en que el juez de la causa contencioso-administrativa se vea ante un dilema frente a defecto o deficiencia de la obra del Legislador.

En este sentido el CPC al cual se podrá acudir en supletoriedad desde el artículo III de su Título Preliminar prescribe que en caso de vacío o defecto en las disposiciones procesales, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente. Esta previsión del Código adjetivo privado, efectuando una comparación con el principio de integración del artículo 2,1 de la LPCA, resulta más completa pues dicha norma ordena al Juez la aplicación de los principios (nominados e innominados) del Derecho Administrativo; en tanto que el CPC además de la invocación de los principios generales, precisa la remisión a la doctrina como jurisprudencia.

D. Los principios de iniciativa de parte y conducta procesal.- Estos principios recogidos en el artículo IV del Título Preliminar del CPCA. A través de esta norma, el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. En lo procesal, el interés para obrar se identifica con el interés particular para la activación del poder jurisdiccional.

De cara a lo contencioso administrativo, la legitimidad para obrar (tanto pasiva como activa) viene signada con la identificación del ciudadano sino, además con las Administraciones Públicas.

E. Los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.- La inmediación como principio procesal impone al juzgador un acercamiento con las partes. En el proceso de justicia administrativa el acercamiento aludido es constante dado el abismal poder de las Administraciones Públicas frente a los derechos subjetivos e interés legítimos que es lo único que puede exhibir el particular. Por esto, las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. El proceso además, se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, buscándose de tal manera la concentración de los mismos. En tanto que la celeridad radica en que la actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

Todos estos principios son exigibles en el proceso contencioso administrativo.

F. La socialización del proceso. La búsqueda de la igualdad procesal.- El juez como director del proceso tiene voz y voto pleno para evitar cualquier ápice de desigualdad entre los sujetos implicados en el proceso, a partir de allí le viene impuesto al igual que a todas las Administraciones Públicas, la igualdad ante la Ley y dentro de ella, la igualdad en la aplicación de la ley.

Si la situación de socialización procesal puede en un esquema entre privado solucionar dicho impase, no ocurre esto en el proceso de la LPCA, desde donde asoman sujetos diferentes, marcados desde un procedimiento de forma general, escena previa a la confrontación judicial y cuyo producto, el acto administrativo, es cuestionado ante la judicatura por la especial relación de sujeción presente en la relación jurídica administrado poderes estatales. Si bien al hacer uso el primero de los mencionados de su derecho de acción, esto no lo libra de la carga impuesta por el Derecho Administrativo de la estamental relación jurídica, relación que viene desde antes del acceso a las puertas de la judicatura.

G. El iura novit curia: Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Cabe señalar que este principio no exige la modificación del aporte fáctico, es decir; la modificación de los hechos que sirven de soporte al proceso planteado; sino antes bien de dotar a los hechos del andamiaje jurídico que permita presentar la contienda en sus probables resultados, para evitar una eventual declaración de improcedencia.

En lo contencioso administrativo, la exigencia del iura novit curia admite que el juez usando sus poderes, pueda dar una respuesta judicial congruente.

H. Los principios de vinculación y formalidad.- Las normas procesales contenidas en el CPC son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. La explicación aportada por el contenido procesal civil impone la obligación de su vinculación, ante lo cual no se puede rehuir la misma. Las formalidades previstas en el CPC son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso.

En lo que respecta al proceso de la LPCA, la aludida inflexión no es rigurosa dado que el proceso de justicia administrativa ha sido esbozado pro homine, esto es a favor del ciudadano y de la misma manera, pro actione, en auspicio del proceso.

Ocurre que de continuo se hace exigible como fundamento probatorio del proceso contra las Administraciones Públicas, la acreditación del agotamiento de la vía administrativa, mas, esto, puede ser reemplazado en diversas situaciones, conforme lo establece el art. 21 en todos sus incisos de la LPCA, excepciones al agotamiento de la vía administrativa.

I. El principio de la doble instancia.- La claridad del constitucional artículo 139,6 es rotunda cuando sostiene como principio de la función jurisdiccional y derecho del ciudadano el de la pluralidad de la instancia. Recurriendo al CPC, la norma procesal prescribe que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta. (pp. 64-81)

2.2.3.2. Los Principios Pro Homine de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584

Regulado tal como lo señala (Huamán, 2010) en el artículo 2 de la LPCA referido a los principios que estructuran el proceso contencioso administrativo, el cual se rige por dichos principios como también se rige por los principios del Derecho Procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del Derecho Procesal Civil en los casos en que sea compatible:

A. El principio de integración.- El artículo 2,1 de la LPCA proclama que por mandato del principio de integración los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo. Con lo precisado por el legislador de la norma procesal administrativa se determina la obligación del juzgador en desempeñar una

labor completa pues si las partes aportan los hechos, cabe que el juzgador aporte el derecho si el mismo ha sido indebidamente invocado o no lo ha sido.

Se encuentra consagrado constitucionalmente en el numeral octavo del artículo 139 de nuestra Constitución Política, donde específicamente se señala que es un principio de la función jurisdiccional la de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, prescribiéndose ante ello el deber de aplicarse en primer lugar los principios generales del derecho y seguidamente el derecho consuetudinario.

Imponiéndose, por esto al juzgador de las causas contencioso-administrativas la obligación constitucional de brindar tutela judicial en efectividad, esto es una justicia efectiva que, no pueda alegar la imprecisión del Derecho mismo para dejar de ofrecer la justicia solicitada por los ciudadanos.

B. El principio de igualdad procesal.- El proceso de justicia administrativa regido tal como es expuesto por la LPCA es un proceso tuitivo.

El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución.

Cabe señalar que si bien el principio de igualdad procesal desde el cual se alega que las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado, no es en sí, un mandato directo de igualdad; sino un mandato programático al interior del proceso mismo.

C. El principio de favorecimiento del proceso.- Con el principio de favorecimiento del proceso el juzgador no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Este principio busca satisfacer la urgencia que demanda la tutela inmediata jurisdiccional ante

un acto lesivo a los derechos e intereses de los administrados, bajo un criterio de razonabilidad.

Por lo que si el ciudadano se encuentra en el inicio o dentro del proceso de la LPCA entonces entra a tallar dicho principio para evitar que, en alegación de la autotutela, se pueda ir en contra de derechos fundamentales de la persona humana. Esta parte de la regulación principista se encuentra en una línea a favor del ciudadano, esto es *prohominem* desde donde las reglas previas al ascenso al proceso judicial no sean inflexibles sino que permitan, ante normas legales que no pueden hacer valer al ciudadano cuando no es más necesario acceder a la última decisión administrativa, acudir al poder jurisdiccional.

Ahora, si el juez sigue incrédulo sobre la vía administrativa y su agotamiento a efectos de no emitir un fallo desestimatorio de la pretensión del administrado, entonces podrá ante la existencia de duda razonable continuar con el desarrollo procesal. Por lo que el párrafo segundo del artículo 2,3 que en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma. Se ha pronunciado sobre esto ya la jurisdicción constitucional a efectos de hacer la separación de viabilidad proceso de amparo-proceso de lo contencioso administrativo en la STC N° 1417-2005-AA/TC (Anicama Hernández vs. ONP), sede donde el TC del Perú ha determinado la direccionalidad del conocimiento de las pretensiones relacionadas con el conflicto contra la Administración sobre el derecho relacionado a la pensión de jubilación cuyo contenido es no esencial para lo contencioso administrativo.

No obstante lo afirmado, en la actualidad con el Decreto Legislativo, el contencioso se ha convertido en un proceso contencioso de derechos fundamentales asumiendo que el contenido esencial del derecho a la pensión es pasible de tutela procesal ya no con el amparo en un escenario en solitario sino con las modificaciones de la LPCA, renovado en los artículos 19,4; 24, 3 y 36.

Asimismo con la nueva normativa, no se podrá argumentar el no agotamiento de la vía administrativa, como ha ocurrido siempre, pues el nuevo artículo 21 (antes artículo 19) de la Ley del contencioso administrativo plantea claras y serias excepciones al agotamiento de la vía administrativa; consecuentemente, por ejemplo, no será exigible la misma cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el artículo 5,4 de la LPCA, esto es, se ordene a la Administración Pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme, pues aquí el actor no hará más que presentar vía conducto notarial su requerimiento, que de no ser satisfecho en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado, el ciudadano tendrá expedita la vía judicial para reclamar, obrando el documento que contiene el reclamo como requisito especial de admisibilidad.

Esto en la actualidad se sostiene como criterio uniformizador plasmado legislativamente no solo en la LPCA sino también en la órbita constitucional en el Código Procesal Constitucional en su artículo 45.

D. El principio de suplencia de oficio.- En el caso que las partes incurrieran en deficiencias formales, el juez tiene el deber de suplir tales deficiencias, de no ser posible la suplencia de oficio, el juez dispone la subsanación de las mismas en un plazo razonable. Tal es el principio de suplencia de oficio en la LPCA. Bajo este principio, se enarbola el sistema procesal publicístico, a través del cual el Juzgador es quien dirige el proceso, por lo que ante deficiencias de forma, estas serán corregidas a fin de dotar de dinamicidad el decurso procesal. Con esta directriz se abre la puerta al principio adjetivo denominado en el CPC como Juez y Derecho regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la norma privada procesal, artículo por el cual el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o haya sido erróneamente.

La realidad muestra que en el proceso contencioso administrativo la suplencia de oficio es una irrealidad puesto que aún los juzgadores de este tipo de proceso se siguen rigiendo por el esquema de suplencia de oficio como excepción y no como regla.

Un avance, notable sin duda alguna respecto de la suplencia oficiosa, es que cuando la dilucidación del conflicto sometido a conocimiento de la judicatura constitucional no comporta lesión a derecho constitucional alguno, entonces el juzgador de justicia supralegal deberá enviar el expediente judicial al Juez Contencioso Administrativo, el cual deberá conceder al actor, un plazo prudencial para adecuar la demanda conforme a la línea del proceso de justicia administrativa.

La invocación de los principios del proceso civil en sede del contencioso administrativo muestran compatibilidad con la finalidad del mismo, cual es la de ejercer un *control jurídico* sobre el conjunto de Administraciones para resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica o cuestión de puro derecho, debate judicial donde no ha de perderse de vista el desnivel de los sujetos procesales implicados: el ciudadano, el justiciable, el administrado y la Administración.

Por lo que el juzgador de la justicia administrativa cuenta en la valoración de los hechos exhibidos por los justiciables, con herramientas principistas que no se reducen a los principios propios de la LPCA sino que avanzan con detalle a la determinación principista de lo procesal civil, acudiendo, como es ya clásica la expresión del principio de integración (artículo 2,1 de la LPCA), a los principios del Derecho Administrativo, ante defecto o deficiencia legislativa. (pp. 81-98).

2.2.4. Nociones Preliminares acerca del Proceso Contencioso Administrativo

2.2.4.1. Lo contencioso administrativo

Serra Rojas (citado por Hinojosa, 2010) agrega que el contencioso administrativo: En lo general significa un sistema de garantías que el Estado reconoce a los particulares en sus relaciones con la Administración. En lo particular significa el recurso, acción o litigio suscitado entre particular y la Administración, a consecuencia de un derecho violado. Toda una actividad jurisdiccional encaminada al examen de la legalidad de los actos administrativos, o pretensiones fundadas en el Derecho Administrativo. (p.261)

En nuestro ordenamiento jurídico la acción contenciosa administrativa (denominada también proceso contencioso administrativo: art. 1 in fine del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) se encuentra normada actualmente en el Texto Único ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, del 28-8-2008).

El Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, en el primer párrafo de su artículo 1, preceptúa que la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. El artículo 148 de la Constitución Política de 1993 señala expresamente que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los

procesos constitucionales. Sobre el particular, cabe indicar que el artículo 200 de la Constitución Política de 1993 hace referencia a tales procesos, a los que se denomina garantías constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la acción contenciosa administrativa, ha establecido, en líneas generales, lo siguiente:

“...Para impugnar un acto administrativo en la vía judicial, se debe recurrir al proceso que la ley establezca, dada la naturaleza y significación del acto administrativo; siendo que en nuestro ordenamiento legal, se prevé que dicha impugnación se tramitará a través del proceso contencioso administrativo...” (Casación N° 3966-2006/Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, pp. 22656-22657)

“...La acción contencioso administrativa prevista en la constitución busca garantizar al administrado el adecuado respeto y reconocimiento de sus derechos por la administración, controlando cualquier exceso de ésta en el ejercicio del iusimperium...” (Casación N° 1518-2006/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, pp. 21614-21615)

2.2.4.2. Finalidad del proceso contencioso administrativo

Según se infiere del artículo 1 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad: El control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo; y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

2.2.4.3. Alcances del control jurisdiccional de la Administración Pública

En opinión de Vedel (citado por Hinostroza, 2010), señala lo siguiente:

“El control del juez de la legalidad está evidentemente reglado por la naturaleza de los poderes de la Administración a las obligaciones para las que tiene competencia reglada, constituye una ilegalidad que el juez del exceso de poder o de la excepción de ilegalidad debe censurar. Por el contrario, el juez no puede hacer apreciaciones sobre el uso hecho por la Administración de su poder discrecional. Si entrase en este terreno, en efecto, abandonaría su papel de juez encargado de velar por el respeto de la legalidad y se situaría en la posición de superior jerárquico.” (p.276)

Sostiene por su parte Mairal (citado por Hinostroza, 2010):

“Si la Administración rechaza el recurso administrativo por razones formales, el juez que considere mal rechazado el recurso debe, en principio, pronunciarse sobre el fondo y no reenviar al particular nuevamente ante la Administración. Tampoco se justifica negar, por definición, la facultad del tribunal de modificar el acto administrativo para ajustarlo a derecho eliminando sea la violación de una norma precisa, sea el apartamiento de un principio más general como la razonabilidad, si ello es necesario para amparar al recurrente y reestablecer la juridicidad. Menos aún puede admitirse que el juez ignore planteos introducidos ante sus estrados si ellos constituyen cuestiones jurídicas en las cuales su

idoneidad no es, ciertamente, inferior a la de la Administración, si no ha variado la pretensión básica del particular. Igualmente rechazables son las afirmaciones que pretenden limitar las facultades del tribunal judicial a las cuestiones de derecho y excluir así a las de hecho con el argumento de que el control de legalidad no implica el ejercicio de una jurisdicción plena...” (p.280).

2.2.4.4. Objeto del Proceso de la Justicia Administrativa en la LPCA

Regulado en el Capítulo II de la LPCA recogido en 5 normas que estructuran el desarrollo del proceso estudiado. Por lo cual el objeto del proceso contencioso de la Administración es el de contradecir las actuaciones estatales que inciden sobre la relación del Estado en su faceta de Administración Pública percibida en la lógica del artículo I incisos 1 al 7 del Título Preliminar de la norma del procedimiento general administrativo, la LPCA y el ciudadano quien asume la posición de administrado; o de particulares que obran como Administración Pública desde el artículo I inciso 8 del Título Preliminar de la LPCA y el administrado. (Huamán, 2010, pp.102-103).

2.2.4.5. Actuaciones u omisiones impugnables mediante el proceso contencioso administrativo

Conforme a las previsiones del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contenciosa administrativa contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Así lo establece el artículo 4 de dicho decreto, numeral que precisa, que son impugnables en el proceso contencioso administrativo las siguientes actuaciones u omisiones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
5. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aun en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento

jurídico, supuesto en el cual la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso (de lo que se infiere que en el proceso contencioso administrativo), al igual que en los demás procesos judiciales, el órgano jurisdiccional competente puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, prefiriendo la norma constitucional en caso de incompatibilidad con alguna norma legal e incluso, la norma legal respecto de cualquier otra norma de inferior jerarquía.

2.2.4.6. Actos de la Administración Pública no impugnables en vía contenciosa administrativa

En nuestro medio, los actos de la Administración Pública no impugnables en vía contenciosa administrativa son todos aquellos no contemplados en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, que establece expresa y taxativamente las actuaciones u omisiones administrativas que pueden ser impugnadas mediante el proceso contencioso administrativo, siempre y cuando se haya producido el agotamiento de la vía administrativa.

En relación al tema, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, según el cual las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales (previstos, principalmente, en el artículo 200 de la Constitución Política de 1993, que los denomina garantías constitucionales).

2.2.5. Sujetos del Proceso Contencioso Administrativo

2.2.5.1. Legitimación en el Proceso Contencioso Administrativo

La legitimidad para obrar ad causam implica que el proceso se lleva a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material, no equivaliendo a la titularidad efectiva del derecho, pues ello derivaría siempre en una sentencia favorable, sino simplemente significa la identidad entre las personas integrantes de la relación jurídica sustantiva y las partes que conforman la relación jurídica procesal. (Hinostroza, 2010, p. 313)

Por lo que de acuerdo a lo señalado por Devis Echandia (citado por Hinostroza, 2010) se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido.

En razón a ello la legitimidad para obrar es una condición de la acción que precisamente limita o condiciona el ejercicio de ésta a su existencia, tan es así que la demanda interpuesta por quien carece de legitimidad para obrar es declarada improcedente de oficio por el Juez (art. 427 inc. 1) del C.P.C.

En nuestro ordenamiento jurídico, lo relativo a la legitimación en el proceso contencioso administrativo se encuentra contemplado en el subcapítulo II (Partes del proceso) del Capítulo III (Sujetos del proceso) del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS. De acuerdo a lo normado en el artículo 13 primer párrafo del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, en el proceso contencioso administrativo tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

Según el último párrafo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, también tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquélla produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad (administrativa) que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa. Al respecto, conviene tener presente lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), precepto legal que regula la nulidad de oficio de actos administrativos.

Por otro lado cabe señalar que el artículo 14 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS prescribe que cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo:

1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte (concordante con el art. 16 inc. 2) del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, conforme al cual en el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene como parte cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia.
2. El Defensor del Pueblo.
3. Cualquier persona natural o jurídica.

En relación al **interés difuso**, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Civil (Código cuya normatividad es de aplicación supletoria en los

casos previstos en el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS: Primera Disposición Final del citado Decreto Supremo).

2.2.5.2. Legitimidad para obrar pasiva en el Proceso Contencioso Administrativo

La legitimidad para obrar pasiva es aquella que compete al demandado y a quienes se opongan a la pretensión del demandante.

Según Parada (citado por Hinostroza, 2010) sostiene:

“Los particulares, además de recurrentes, que es el supuesto ordinario pueden ser sujetos o partes pasivas de una impugnación en las posiciones de codemandados o coadyuvantes. Es codemandado de la Administración autora de un acto, el particular a cuyo favor deriven derechos del propio acto, mientras que puede intervenir en el proceso como parte coadyuvante de la Administración demandada, cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa (...). La diferencia práctica entre uno y otro supuesto es que al codemandado, como titular de un derecho, se le reconoce la posibilidad de apelar la sentencia de primera instancia con independencia de que contra la misma recurra o no la Administración autora del caso. Esa posibilidad no se reconoce, sin embargo, al coadyuvante que comparece en el proceso como simple titular de un interés...” (pp. 330-331).

Normativamente previsto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, numeral que versa la legitimidad para obrar pasiva en el proceso contencioso administrativo. En relación a la *legitimidad para obrar pasiva* en el proceso contencioso administrativo, resulta importante tener en cuenta lo que, se indica en el artículo I del

Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) en cuanto a entidades de la Administración Pública.

Empero la disposición contenida en el artículo 59 del Código Procesal Civil guarda concordancia con lo normado en la Séptima Disposición Final de dicho cuerpo de leyes, conforme a la cual, salvo disposición distinta de este Código, quedan suprimidos todos los procesos judiciales especiales y todos los privilegios en materia procesal civil en favor del Estado, el Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales, sus respectivas dependencias y demás entidades de derecho público o privado, de cualquier naturaleza.

2.2.5.3. Intervención de Terceros en el Proceso Contencioso Administrativo

Los terceros que tuvieren un derecho subjetivo o un interés legítimo en relación al acto que se impugna, podrán intervenir como coadyuvantes adhesivos o adheridos y como coadyuvantes litisconsortes. En efecto, cuando la sentencia pueda afectar derechos de terceros, éstos a pedido de parte o de oficio podrán ser citados a tomar intervención en el proceso en calidad de litisconsortes. Cuando tuvieren un derecho en relación al acto impugnado podrán intervenir voluntariamente en cualquier estado del proceso. El coadyuvante adhesivo tomará los procedimientos en el estado en que se encuentren sin que su intervención pueda hacer retrotraer, interrumpir o suspender los trámites procesales, debiendo en su primera presentación cumplir, en lo pertinente, con los recaudos exigidos por la demanda. Cuando hubiere más de un coadyuvante de una misma parte, el tribunal podrá ordenar la unificación de su representación.

2.2.5.4. Representación y Defensa de las Entidades de la Administración Pública en el Proceso Contencioso Administrativo

En el proceso contencioso administrativo, de acuerdo a lo normado en el artículo 17 inc. 1 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, la representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado. Dicho precepto legal guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política de 1993, cuya parte inicial establece claramente que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley.

2.2.6. La Carga de la Prueba: Interpretación Pro Homine frente a la Judicatura

2.2.6.1. El Uso de los Medios probatorios. Remisión al Proceso de la Justicia Administrativa

La importancia de los medios de prueba en todo proceso son, además de los actos procesales de la demanda y de la contestación de ella, las bases que solidifican las pretensiones a ser barajadas en todo tipo de proceso.

Es entonces que recurriendo al CPC, en lo que respecta a los medios de probanza, norma a la que cabe acudir de modo que sea supletorio, el art. 188, determina que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Cabiendo señalar por ello que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en el CPC, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188. Por lo que el conjunto de exigencias establecidas en la norma procesal tipo peruana tal como sostiene Huamán (2010) el CPC se traslada con algunas notoriedades al proceso de la LPCA. Es por eso que en tema de lo contencioso administrativo, la prueba, en aquel proceso ayer regulado como abreviado en el CPC (“impugnable de acto o resolución administrativa”), quedaba excluida para salvar al administrado del poderío público desviado cuya afectación sobre él ponía a conocimiento judicial; sin embargo los procesos de la LPCA signados con pretensiones sujetas al proceso al acto, el tema de prueba queda reducido puesto que en los tipos de proceso la línea base es la denuncia de la ilegalidad de la Administración. (p. 297).

De lo que la prueba en el proceso de la LPCA resulta de interés para verificar el contenido del derecho de acción, materializado ante los Tribunales de Justicia con la demanda y donde dentro de ella vienen las pretensiones sostenidas para la defensa del derecho subjetivo o de interés legítimos que tiene todo ciudadano.

En el Texto Único Ordenado de la LPCA en el actual artículo 30 destinado a la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. En el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria, podrán alegarse todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes.

Sin embargo en el tema de la indemnización contra la Administración al constar como pretensión accesoria, deberá también acreditarse; es decir que el administrado deberá no sólo hacer una explicación del porqué de una respuesta indemnizatoria sino sustentar probatoriamente ello. Considerando un exceso puesto que los propios medios de prueba que construyen la demanda serán aquellos que permitan identificar la reciente abrazada pretensión del artículo 5,5 de la LPCA.

- a) **La oportunidad de la prueba.**- Si el particular que es parte del proceso no tuviera en su poder medio probatorio y éste se encuentre en poder de alguna entidad administrativa, deberá indicar dicha circunstancia en su escrito de demanda o de contestación, precisando el contenido del documento y la entidad donde se encuentra, ya no el lugar donde se encuentra como lo exigía la antigua regulación procesal, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias destinadas a la incorporación de dicho documento al proceso de la LPCA.

La importancia del artículo 31 es la facultad del justiciable de poder presentar medios de prueba extemporáneos. Con esto, será válido que el ejercicio de su derecho, también constitucional, a probar no admita restricciones.

Siendo que la valoración por el juzgador de la excepcionalidad de la presentación de los medios de prueba luego del acto de demanda o de la contestación de la demanda; debe ser una valoración en clave *pro homine* y no *contra homine* que favorezca el derecho de acceso a la justicia.

b) La actuación de las pruebas de oficio.- Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez de lo contencioso administrativo en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Esta previsión normativa de la LPCA en el artículo 32 muestra la oportunidad de aplicación del principio de suplencia de oficio del artículo 2,4 de la LPCA, principio éste que se encuentra en el CPC pero que adquiere un cariz sólido tratándose de la jurisdicción administrativa y conectado al artículo 24 de la propia norma de la jurisdicción especializada.

El artículo 2,4 señala como principios del proceso contencioso administrativo, el de suplencia de oficio, desde donde el Juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio. Junto a ello, la actuación de las pruebas de oficio adquiere madurez con el artículo 24 de la LPCA, referido de actuados administrativos.

2.2.6.2. La Carga de la Prueba

El artículo 33 hace referencia en la LPCA a la carga de la prueba, dicho artículo prescribe que, salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión; si la actuación administrativa impugnada establece una sanción, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa, esto es a la Administración.

2.2.6.3. La Administración y su Obligación de Colaboración en el Proceso

Según Huamán (2010) las entidades administrativas deberán facilitar al proceso, según artículo 34 de la LPCA, todos los documentos que obren en su poder e informes que sean solicitados por el juez de la justicia administrativa. En caso de incumplimiento, el juez podrá aplicar las sanciones previstas en el artículo 53 del CPC al funcionario responsable. Recurriendo al artículo 53, y siendo que éste trata de las facultades coercitivas del Juez, debe tenerse en cuenta el fin promovido y buscado en el artículo 52 del mismo CPC.

Por lo que en atención a la importancia y urgencia de su mandato, el juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en el artículo 52. Siendo que las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato, en donde el juez del proceso contencioso administrativo podrá hacer uso de las facultades coercitivas para el cumplimiento de lo requerido a la Administración. Y es que la obligación de colaboración de los poderes estatales en conformidad a la LPCA, es un imperativo derivado del poder de decisión judicial a efectos de brindar tutela jurídica al administrado. (pp. 309-310)

2.2.7. Incompatibilidad Normativa

2.2.7.1. Conceptos:

La incompatibilidad normativa es aquel conflicto normativo o entre normas que se contraponen, ya sea por su validez formal o material de la misma. En tal sentido, la

incompatibilidad normativa se evidencia cuando existe una norma que prohíbe lo que otra norma permite, razón por lo cual el magistrado o juzgador deberá de resolver el conflicto normativo a través de la interpretación de la norma, empleando para ello la argumentación y las técnicas de interpretación (Torres, 2006, p. 291).

Sostiene Tarello (citado por Espinoza), que la incompatibilidad entre normas se da “cuando los efectos jurídicos que las dos normas imputan al mismo supuesto de hecho son incompatibles” (2015, p. 73).

El autor Guastini (s.f.), indica que la incompatibilidad normativa es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias. En presencia de un conflicto normativo, la misma *litis* puede ser decidida de dos modos diferentes, en violación del principio de certeza del derecho, que exige la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Igualmente, dos conflictos similares pueden ser decididos de dos modos diversos, en violación del principio de igualdad, el cual exige que dos casos iguales sean tratados de la misma manera (pp. 631-632).

2.2.7.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa

La incompatibilidad normativa se fundamenta en la confrontación de la norma (ya sea ésta constitucional y norma legal); es decir, que cada vez que exista dos normas jurídicas que presenten incoherencias y contraste, existirá y se fundamentará la incompatibilidad normativa.

2.2.7.3. La exclusión

Se entiende por exclusión de normas jurídicas a aquel procedimiento de descarte de la misma por un criterio de rango, temporalidad o espacialidad y las seleccionamos para su aplicación a una situación concreta. Esta exclusión también nos permite verificar la validez de una norma, ya sea formal o material. Es de advertir, que trataremos este tema al momento de desarrollar lo relativo a antinomias normativas, puesto que ella es el choque o confrontación de las normas jurídicas, desarrollándose por ello técnicas y criterios para solucionarlo. Esto pues es un gran aporte de la aplicación del Derecho y se da mediante la integración o interpretación o criterios de solución de antinomias jurídicas.

2.2.7.3.1. Criterios de validez de la norma

La validez connota en términos kelsenianos “la existencia específica de una norma” (Kelsen 1982, p. 23). Sin embargo, la validez de una norma significa solamente que esta norma existe, mas no que se aplique en la realidad, por ello es bueno distinguir entre validez y eficacia de la norma jurídica. Kelsen (1982) sostiene sobre ello:

“Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación” (p. 24).

A. Validez formal

La norma para ser formalmente válida en primer término debe ser dictado por autoridad competente, es decir, debe estar facultada por ello, reconociéndosele esa potestad por el propio orden jurídico o que se le autorice para ello y, respetando la forma y pasos a seguir para la elaboración de una norma jurídica. Se expresa así que “una norma jurídica *N* es formalmente válida cuando el órgano que la ha dictado ha seguido las normas de procedimiento que regulan la creación de *N*” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 118).

B. Validez material

La norma jurídica para ser materialmente válida debe respetar la constitucionalidad y legalidad del orden jurídico para la producción de normas que no contraríen los derechos establecidos por la Constitución o normas superiores a la norma en cuestión. Así podemos afirmar que “una norma *N* es materialmente válida cuando el órgano que la ha dictado no viola ninguna de las restricciones de contenido que determinadas normas superiores a *N* imponen” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 118).

2.2.7.3.2. Jerarquía de las normas

El ordenamiento jurídico está formado por un conjunto de normas jurídicas que se encuentran ordenadas jerárquicamente y se sobreponen unas a las otras. No sería posible admitir que todas las normas jurídicas tengan el mismo nivel, por la esencia misma del orden jurídico, unas se sobrepondrán a otras.

La jerarquía de las normas jurídicas y el orden jurídico fueron tratadas de manera extensa por Hans Kelsen y es aplicada a los ordenamientos jurídicos existentes en la actualidad. Así sostiene Kelsen (1982) que el ordenamiento jurídico:

Es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es -como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas perteneciente al orden (p. 44-45).

Bajo esta misma línea el autor de la Teoría Pura del Derecho afirmaba también que “una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden” (1982, p. 45). El orden jurídico no admite normas que no estén jerarquizadas dentro de él, si una norma no pertenece a ese orden jurídico, simplemente esta norma no es válida.

Esta norma fundante de la que se habla en un orden jurídico es la Constitución Política de un Estado, se desprende de la doctrina que se comenta que cada norma jurídica encuentra su validez en la respectiva norma superior a ella. De otro lado, todo el ordenamiento jurídico de un estado encuentra su fundamento de validez en su norma jurídica fundante que es la Constitución; esta Constitución, es la norma política y a la vez jurídica que está en la cúspide de ese orden jurídico y bajo la cual el resto de normas jurídicas se someterán a ella de forma jerárquica y organizada.

Este criterio es recogido por nuestra Constitución Política de 1993, la cual prescribe:

Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...].

La Constitución no solo está por encima de las demás normas jurídicas, en otras palabras, en la cúspide de nuestro sistema jurídico, sino que ella misma establece mediante el precepto constitucional que hemos señalado, su condición de norma fundante y la jerarquización de nuestro sistema jurídico.

El ordenamiento jurídico peruano según García (2007, pp. 274 y ss.) se compone de la siguiente manera:

Primera categoría: las normas constitucionales y las normas con rango constitucional:

Primer grado

Constitución

Segundo grado

Leyes constitucionales

Tratados de derechos humanos

Tratados con habilitación legislativa

Segunda categoría: las leyes y normas con rango o condición de ley

Leyes de bases

Leyes generales

Leyes ordinarias

Leyes de desarrollo constitucional

Normas con rango de ley

Tratados

Decretos legislativos

Reglamento del Congreso

Sentencias del Tribunal Constitucional (en materia de
inconstitucionalidad)

Decretos de urgencia

Ordenanzas regionales

Ordenanzas municipales

Normas con condición de ley

Tercera categoría: los decretos

Decretos supremos

Decretos regionales

Decretos de alcaldía

Cuarta categoría: las resoluciones

Resoluciones supremas

Resoluciones ministeriales

Resoluciones de órganos autónomos no descentralizados

Resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos
descentralizados

Acuerdos del consejo regional

Acuerdos municipales

Resoluciones regionales

Resoluciones municipales

Resoluciones de alcaldía

Resoluciones directorales

Quinta categoría: normas con interés de parte

Primer grado

Ejecutorias supremas

Resoluciones del Tribunal Constitucional

Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura

Segundo grado

Resoluciones de los órganos de justicia administrativa

Convenios colectivos de trabajo

Contratos

Testamentos.

2.2.7.3.3. Las normas legales

A. Las normas

El ordenamiento jurídico se encuentra conformado por normas jurídicas, en ellas se encuentra positivizado el Derecho. Estas normas jurídicas dictan conductas que deben

tener eficacia social. Por ello se dice que una norma jurídica “es un mandato con eficacia social que se manifiesta a través de la siguiente estructura proposicional enunciativa, se entiende, a nivel del deber ser” (Espinoza, 2015, p. 41):

Supuesto de hecho \Rightarrow sanción

La norma jurídica se caracteriza porque se puede imponer coactivamente, es decir, mediante el uso de la fuerza monopolizada por el Estado. Así, también se define a la norma jurídica como “esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y tiempo determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente” (Torres, 2011, p. 186). La norma jurídica también es susceptible de ser definida de forma lógico jurídica; así, “diremos que la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento” (Rubio, 2009, p. 76).

Esta norma jurídica se encuentra caracterizada por una espacialidad y temporalidad, es decir, la norma jurídica nace en cierto momento y tiene vigencia mientras no sea derogada, esta norma es válida en un determinado ordenamiento jurídico. En este sentido plasmando esta caracterización de la norma jurídica, García (2007) opta por definirla así:

La norma jurídica es aquella regla de conducta dictada en un tiempo y lugar determinado y que, con vocación de plasmar fines y valores de naturaleza jurídica, señala la obligación de hacer o no hacer algo u otorga la facultad de decidir sobre ello.

Lo último señalado nos demuestra que la norma jurídica está idealizada en un campo no de ser, sino de <<deber ser>>, así la norma presupone supuestos de hechos y les asigna una sanción en caso de que sean incumplidas, pero estas no señalan lo que realmente hacen los hombres, sino lo que ellos deberían hacer.

B. Clasificación de las normas

Las normas jurídicas pueden recibir una serie de clasificaciones de acuerdo a ciertos criterios. Por ejemplo, tenemos normas jurídicas de derecho público y normas jurídicas de derecho privado. Las normas de derecho público son las que establece el Estado y que están dotadas de *iusimperium* para su cumplimiento irrestricto por toda la sociedad; estas normas rigen la constitución del Estado y su relación entre instituciones y la relación de esta con los particulares, *v.gr.* Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal. Mientras que las normas de derecho privado son las que no están dotadas de *iusimperium* y que regirá la relación entre los particulares, *v. gr.* Derecho Civil, Derecho Comercial. Sin embargo, no necesariamente la distinción será tan estricta entre estas normas, puesto que el Estado puede relacionarse con los particulares sometiéndose a las normas de derecho privado o porque el Estado a veces en situaciones concretas ejercerá ese *iusimperium* en la relación entre los particulares.

Por otro lado, según el contenido del texto normativo podrán ser de organización, de conducta y de composición (Torres, 2011, 221). Serán de organización cuando regulan y estructuran el funcionamiento de los entes estatales, aunque el autor citado también menciona que pueden ser organización “las normas de derecho privado referidas a las

condiciones de las personas o de los bienes” (2011, p. 221), etc. Son de conducta las que regulan el comportamiento de los ciudadanos y sus actividades grupales, señalándole qué pueden o qué no pueden hacer. Finalmente, son normas de composición “aquellas que resuelven el problema de la distribución de los bienes entre los asociados, fijando los criterios mediante los cuales ciertos intereses de los particulares deben prevalecer y otros deben ser sacrificados en beneficio de los primeros” (Torres, 2011, p. 223). Otros autores como Rubio solo las distinguen en normas de organización y normas de conducta (2009, p. 99). Cabe advertir aquí que la distinción aquí entre normas de organización y de composición no es tan absoluta, porque muchas veces se encuentran relacionadas.

Afirma Rubio (2009) que “desde el punto de vista de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias” (p. 99). Una norma es imperativa cuando es de obligatorio cumplimiento, es decir, necesariamente debe ser cumplida y obedecida por todos, por ejemplo son imperativas las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales o la del art. 19 c.c. que prescribe que toda persona tiene derecho al nombre. Una norma es supletoria en cambio, cuando pueden existir otras normas aplicables al hecho en cuestión, siendo esta de aplicación si no hay normas establecidas para dicha situación, por ejemplo, las normas supletorias sobre contratos, puesto que son alternas a la voluntad de las partes, salvo que dicha norma sea imperativa.

Alzamora (1980) también clasifica a las normas en función de las sanciones, siendo así: *perfectas, plus quam perfectae, minus quam perfectae o imperfectae*.

Las normas son perfectas cuando la consecuencia jurídica que deriva de su infracción es la nulidad del acto violatorio realizado. Las normas son *plus quam*

perfectae cuando la sanción que señalan es de castigo e indemnización, o alguna de ellas, y privan de efectos al acto transgresor. Las *minus quam perfectae* no enervan los resultados del acto que las incumple pero señalan otro tipo de sanciones. Las normas imperfectas están desprovistas de ellas (pp. 118-119).

Por su origen, una norma puede ser legislativa, jurisprudencial, consuetudinaria, doctrinaria y voluntaria o negocial. Será legislativa la ley o toda norma dictada por autoridad competente. Es jurisprudencial las que se establecen por sentencias o resoluciones judiciales, por ejemplo, una casación o un pleno casatorio o una sentencia del Tribunal Constitucional. La norma será consuetudinaria cuando se ha dado por el constante uso o práctica de las personas, que les ha generado a las personas el convencimiento de que son normas de carácter obligatorio. Es en cambio doctrinaria, cuando proviene de la opinión de algún estudioso del Derecho, cabe advertir, que “la doctrina no tiene el valor de norma jurídica, pero sí lo tuvo en la antigüedad” (Torres, 2011, pp. 225-226); es por ello que esa clasificación aún se conserva. Finalmente, la norma es negocial o voluntaria cuando proviene de la voluntad de las partes, que están dotadas y facultadas por el ordenamiento jurídico para autorregular sus propios intereses; evidentemente, siempre y cuando no transgredan normas de orden público y las buenas costumbres.

Según la espacialidad de la norma podemos clasificarlas en normas de derecho interno y normas de derecho externo. Son normas de derecho interno aquellas normas producidas dentro del territorio de un Estado y cuya aplicación se extiende a dicho territorio. Son en cambio normas de derecho externo, las normas internacionales que regulan relaciones entre Estados, o entre Estados y particulares o normas internacionales de los particulares; estas normas por ejemplo, establecen límites a los Estados, por ejemplo, el

respeto a los derechos humanos, hecho por el cual muchas veces van a pasar a formar parte del derecho interno de los Estados.

Existen otras clasificaciones respecto a las normas jurídicas, pero no ahondaremos en ello, puesto que no es materia esencial de dicho trabajo. Sin embargo, finalizaremos dando un especial énfasis a las normas sustantivas y procesales.

C. Normas de derecho objetivo

Son normas sustantivas aquellas normas jurídicas que prescriben los derechos u obligaciones de los sujetos de Derecho. Por lo general se encuentran en los códigos sustantivos, por ejemplo, el código civil, código penal, etc. Ello conforma lo que podemos llamar Derecho sustantivo o material.

Por ejemplo, son normas sustantivas las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales de la persona, la del art. 1 c.c. que regula al concebido, las normas que establecen los delitos y faltas del Código Penal, las normas que establecen derechos y obligaciones tributarias, las normas que establecen los derechos y obligaciones dentro del matrimonio, los derechos del menor, de los incapaces, las sucesiones, y las normas de derechos humanos, entre otros.

Sin embargo, debemos advertir que no necesariamente por que una norma se encuentre en un código sustantivo, será una norma sustantiva, por ejemplo, el art. VI del T.P. del Código Civil contiene claramente una norma procesal, y así hay muchas normas procesales presentes en el código civil.

D. Normas procesales

Son normas procesales aquellas que regulan las reglas y procedimientos a seguir dentro de un proceso, en otras, palabras, son procesales las normas que ponen en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado para brindarle una tutela jurisdiccional efectiva a los sujetos de Derecho para tutelar sus derechos. Aquí tenemos por ejemplo, las normas del Código Procesal Civil, Código Procesal Penal, Ley del Procedimiento Administrativo General, etc.

Cabe señalar que las normas procesales sirven para asegurar el respeto y el cumplimiento de los derechos de los sujetos de Derecho dentro de la sociedad, puesto que para el cumplimiento de los derechos sustantivos, se activarán las normas procesales para asegurar la vigencia de dichas normas sustantivas.

2.2.7.3.4. Antinomias

A. Conceptos

Dada la inmensa cantidad de normas presentes en un ordenamiento jurídico, es casi evidente que muchas de ellas podrían contradecirse, puesto que el Derecho no puede ser perfecto de no contradecir sus normas, sino que es perfectible de tener la menor cantidad de contradicciones. En tal sentido, “se denomina *antinomia jurídica* a la presencia de dos o más normas incompatibles entre sí (debido a que una prohíbe lo que la otra permite) pertenecientes a un mismo ordenamiento y a un mismo ámbito de validez” (Torres, 2011, p. 288).

Moreso y Vilajosana dando una explicación desde la lógica, afirman que “hay una *antinomia normativa* en un caso *C* de un universo de casos de un sistema normativo, si y solo si *C* está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí” (2004, p. 105).

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 pre constituido. (p.272)

B. Antinomias en los razonamientos judiciales

Es frecuente que los jueces y quienes aplican el Derecho se vean frecuentemente ante la presencia de antinomias normativas, situación que los jueces deben resolver

rápidamente para deducir sus razonamientos judiciales, a veces encontrándose incluso estas antinomias presentes en dichos razonamientos judiciales, por ello, será de vital importancia advertirlos.

C. 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 “propriadamente dichas”, por un lado, a la cual se contraponen la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias improprias”) 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)

D. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas

Moreso y Vilajosana (siguiendo a Alf Ross), clasifican las antinomias en tres tipos:

a. Antinomia total-total

Es aquella que se produce entre dos normas N y N'' solo si el supuesto de hecho del caso genérico de N es idéntico al caso genérico del supuesto de hecho de N'' . Es decir, cuando ambas normas regulan los mismos casos individuales de manera incompatible. Si llamamos C al caso genérico regulado por N y C'' al caso genérico regulado por N'' , entonces podemos decir que hay una antinomia total-total cuando ambas normas establecen soluciones incompatibles y $C = C''$. Esto sería expresado en un gráfico en el que todos los casos elementales regulados por la norma N son regulados por N'' de una manera incompatible con la primera (2004, p. 105).

b. Antinomia total-parcial

Es aquella que se produce entre dos normas N y N'' solo si el supuesto de hecho del caso genérico de N (C) está incluido, pero no es idéntico al caso genérico del supuesto de hecho de N'' (C''). Técnicamente, la relación de inclusión sin identidad se conoce como inclusión propia y se representa así: $C \subset C''$. Entonces, dos normas constituyen un supuesto de antinomia total-parcial cuando sus casos genéricos tienen la relación de inclusión propia y sus soluciones normativas son

incompatibles. Esto se podría expresar en un gráfico en el que todos los casos elementales regulados por la norma N son también regulados por N'' de manera incompatible con N , pero N'' regula además otros casos que N no regula (2004, p. 105-106).

c. Antinomia parcial-parcial

Es aquella que se produce entre dos normas N y N'' solo si la clase de casos individuales denotada por el caso genérico de N (C) y la clase de casos individuales denotada por el caso genérico de N'' (C'') tienen entre sí una intersección no vacía, aunque la relación entre ambas no es ni de identidad ni de inclusión propia. Cuando esto sucede, y algunas de las soluciones de N correlaciona con C son incompatibles con las soluciones que N'' correlaciona con C'' en algún caso elemental, tenemos una antinomia parcial-parcial. Esto es expresado por un gráfico en el que alguno de los casos elementales regulados por la norma N son también regulados de manera incompatible por N'' , aunque N y N'' regulan también otros casos de manera compatible entre sí (2004, p. 106).

E. 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 por 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)

F. 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)

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

Una vez establecida una antinomia normativa, se debe proceder a solucionarlas, para ello se han establecido criterios para la resolución de antinomias; estos criterios determinarán cuál de las normas debemos elegir y cuál debemos eliminar, para que mediante esta aplicación de dichos criterios, la antinomia pueda desaparecer. Estas son:

- i. *Lex posterior derogat legi priori.* “Este criterio, también conocido como *criterio cronológico*, establece que entre dos normas antinómicas prevalece la posterior en el tiempo” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 107). Este criterio se encuentra regulado en el art. I del T.P. c.c. al sostener que se produce la derogación de la norma anterior

cuando es incompatible con la posterior.

ii. *Lex superior derogat legi inferiori*. “Este criterio, también conocido como *criterio jerárquico*, establece que entre dos normas antinómicas prevalece la superior sobre jerárquicamente” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 107).

iii. *Lex specialis derogat legi generali*. “Este criterio, que también se denomina criterio de especialidad, establece que entre dos normas antinómicas prevalece la norma especial” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 107).

iv. *Criterio de la lex favorabilis o del tertium non datur*. “Si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva (normas contradictorias), prevalecerá la permisiva” (Torres, 2011, p. 290).

v. *Criterio del tertium permitido*. “Dos normas contrarias, una que obliga hacer algo y otra que prohíbe hacer lo mismo, se eliminan mutuamente, y el comportamiento, antes que ser ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito” (Torres, 2011, p. 291).

vi. *Criterio del in dubio pro reo*. “la antinomia entre dos leyes penales se resuelve aplicando la que es más favorable al reo” (Torres, 2011, p. 291).

2.2.7.4. La colisión

2.2.7.4.1. Concepto

Se entiende por colisión a aquella confrontación de normas constitucionales y legales, por sobre posición de la naturaleza de la norma. Es el enfrentamiento de normas de rango constitucional y legal para alcanzar la sobreposición de la naturaleza de la misma.

2.2.7.4.2. Control Difuso

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)

A. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo el análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. Exp. N° 0010-2002-AI-TC de fecha 03.01.2003)

B. 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.

➤ **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 sólo 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).

➤ **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. **Fin 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: si no 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).

➤ **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.

A. La Oportunidad del Uso del Control Difuso de Constitucionalidad

➤ El Control Interpartes de Constitucionalidad:

Creación norteamericana es el llamado control difuso. Al ser un control constitucional frente a leyes o dispositivos inferiores a ésta última, asigna la preferencia a la norma súper legal en detrimento de la legal para defender derechos fundamentales en aseguramiento del principio de supremacía constitucional. Impone un control de constitucionalidad reducido y no el amplio, propio del proceso de inconstitucionalidad, el cual procede contra normas con rango de Ley que violentan la Constitución. Así el control difuso no es un control erga omnes, sino, antes bien, inter partes. Se verifica entonces la inconstitucionalidad a las mismas partes que intervienen en la causa y no a extraños a ella. Asumido como control del poder, el control difuso permite que desde la invocación por el propio ciudadano, se efectúe una preferencia, la cual por su sola indicación como tal no se agota en una discrecionalidad judicial, esto el aplicar o no el control aludido, el judicial review, sino que implica un deber (Huamán, 2010. p. 169).

Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138.

En todo proceso inclusive el de la LPCA de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Esta comprobación es hecha en sede del Tribunal Supremo del Perú.

Por lo que como sostiene Huamán (2010) La tarea de aplicación en sede de lo contencioso administrativo de la técnica del control difuso se hace necesaria puesto que la LPCA no es ya un puro proceso objetivo sino un proceso subjetivo, proceso a admitir como sistema de tutela del administrado y no ya de coadyuvante de la legalidad de la Administración. (p. 172).

➤ **Control Difuso y Reafirmación del Proceso de la LPCA como un Proceso de Control de Juridicidad:**

En armonía con la línea actual de defensa de la Constitución y la vigencia de derechos fundamentales no restrictiva de los procesos constitucionales, el legislador de la LPCA ha incluido el control difuso a ser usado en el proceso de justicia administrativa. Empero, cuando se ha prescrito en el artículo 9,1 de la ley procesal administrativa (antes

bajo el artículo 7) el control difuso o control constitucionalidad con efectos inter partes se consagra el papel del proceso de justicia administrativa como un proceso que se ha denominado constitucional - legal: pues ha de verificar la inconstitucionalidad / constitucionalidad y legalidad / ilegalidad de la actuación, sea material o formal de la decisión pública.

Por lo que se termina imponiéndose por consiguiente el proceso de la LPCA como un proceso de juridicidad. No es casualidad que el proceso constitucionalizado en el artículo 148 de la Constitución y desarrollado en su norma procesal, la LPCA, formalice el control jurídico de las actuaciones administrativas sujetas a nivel de Derecho Público.

Siendo totalmente natural que se sostenga, que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Ley Fundamental de 1993, que el proceso contencioso administrativo procede aún en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico.

En este supuesto la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso de lo contencioso administrativo pues éste, es un proceso al que también le ha sido asignado la tutela de los derechos fundamentales; los cuales no son ya objeto de protección con únicamente los procesos constitucionales cuya activación resulta residual sino además a través de otros procesos, incluido como resulta prudente, el de la LPCA a cargo del Poder Judicial por el sistema judicialista de control de las Administraciones Públicas.

➤ **Excursus: El Judicial Review en lo Administrativo. Sobre viabilidad del Control Difuso y su utilización por la Administración Pública:**

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido el que ha abierto la línea para encargar a las Administraciones Públicas del país, la viabilidad del control difuso al interior de ellas, extendiendo la permisión a los jueces aplicables desde el artículo constitucional 138. Dicha explicación se materializa a nivel jurisprudencial, tal como lo señala (Huamán, 2010) con la STC N° 3741-2005-AA/TC, donde se tiene que:

“el Tribunal de la Constitución prescribe como regla sustancial que todo Tribunal u órgano colegiado de la Administración cuenta como prerrogativa el deber de preferencia de la Constitución y el poder de inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, revelando que se hace de necesidad que la evaluación aplicable el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo, con lo cual no debe aplicarse *el control difuso* porque sí y, además, que la Ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, presupuestos que deben ir fundidos indisolublemente a efectos de propiciar tal modalidad de control constitucionalidad, caso contrario no será posible ésta”.

Al respecto en la STC N° 06135-2006-PA/TC, el segundo de los veredictos citados, se comprende el *judicial review* en lo administrativo haciendo referencia a las potestades sancionadoras de la Administración en el desarrollo de un procedimiento trilateral”. (pp. 174-177)

Recordar se debe, tal como sostiene Huamán (2010) según alega el Tribunal en ambas sentencias que, la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la Ley, sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución, que impone líneas claras de juridicidad al enlazar la actuación administrativa desde referentes de constitucionalidad. Además, el abrir el razonamiento de alegación del *control difuso* administrativo trae por consecuencia que se estime que la vinculación positiva de la Administración al Derecho se genera en el desarrollo a nivel legal de la actividad presente en un procedimiento administrativo, explicación hecha a la LPAG.

Esa vinculación de la Administración Pública a la Constitución, explica el Tribunal Constitucional del Perú se aprecia en el artículo IV,1 de la LPAG respecto del Título preliminar, la norma general del procedimiento administrativo peruano, donde lo que es visto como principio de legalidad administrativa debe leerse como principio de juridicidad ya que en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la Ley y al Derecho. (pp. 179-180).

2.2.7.4.3. Test de proporcionalidad

La Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de octubre de 2005 en el Exp. N° 0045-2004-PI-TC sobre Proceso de Inconstitucionalidad, configuró finalmente el test de proporcionalidad, indicando:

Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad

Este principio ha de emplearse a través de sus tres sub principios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

A. Concepto

El test de proporcionalidad también es llamado en la jurisprudencia como “test de razonabilidad”, “test de razonabilidad o proporcionalidad”, o “test de igualdad”. Por lo tanto, es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. (STC. Exp. N° 0027-2006-PI-TC de fecha 21.11.2007)

B. Pasos del test de proporcionalidad

La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0027-2006-AI/TC emitida el 01 de febrero de 2010 señala lo siguiente:

52. Sobre la base del test de razonabilidad o proporcionalidad [STC 0027-2006-AI/TC], este Colegiado considera pertinente aplicar el test de igualdad, a través de

seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad); **determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad;** **verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación;** **examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto** [STC 0004-2006-PI/TC]. (Exp. N° 0003-2008-PI-TC)

➤ **Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación:**

Este primer paso está vinculado a los problemas de desigualdad y discriminación. Debería ser utilizado cada vez que se trata de ellos y no debería serlo si se trata de derechos distintos. Este primer paso tiene que ver con el siguiente dilema: en general, si dos situaciones de hecho son iguales, tienen que recibir tratamiento distinto. Lo cual se indicó en la STC Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC:

11. El principio de igualdad en el Estado Constitucional exige (...) “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole.

➤ **Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad:**

La intensidad de la intervención fue tratada con extensión, inicialmente, en la siguiente sentencia:

“Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave,
- Intensidad media,

- Intensidad leve.

- a) Una intervención es de **intensidad grave** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

- b) Una intervención es de **intensidad media** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

- c) Una intervención es de **intensidad leve** cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del sub principio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la

intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional. (STC. Exp. 0045-2004-PI-TC de fecha 29.10.2005)

➤ **Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin):**

La diferenciación debe sustentarse en una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva o razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. Es por ello que no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando este se basa en supuestos de hecho o situaciones abiertamente subjetivas. (STC. Exp. 0018-2003-AI-TC de fecha 26.04.2006)

➤ **Examen de idoneidad:**

Es el cuarto paso del test de proporcionalidad. En algunas oportunidades el Tribunal Constitucional comienza por él como primer paso; cuando lo hace, tiene que improvisar el análisis descriptivo del fin buscado (tercer paso del test) porque no lo ha hecho específicamente antes. (STC N° 0045-2004-TC, Fundamento 33, emitida el 29.10.2005)

El examen de idoneidad supone la “legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada”, en tal sentido se aplica a todo estudio de injerencia en los derechos constitucionales, no solo a los casos relativos al derecho de igualdad; además el fin que se busque con la diferenciación debe ser constitucionalmente legítimo, es decir “hay que probar la conexión entre la intervención en el derecho como causa y el cumplimiento del fin propuesto como efecto de aquella”. (pp. 62-63)

➤ **Examen de necesidad:**

El examen de necesidad propone que el juez constitucional revise si existen otros medios de lograr el fin constitucional que sean menos gravosos al derecho afectado. Si los hubiera, el hecho o la norma sometida a control deberá ser declarado o declarada inconstitucional. Si no hubiera otra posibilidad entonces el hecho o la norma serán declarados inconstitucionales. (p. 72)

➤ **Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación:**

40. Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización de fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad.

La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a esta: “Cuando mayor es el grado de la o satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Exp. N° 0045-2004-PI-TC).

2.2.8. Técnicas de interpretación

2.2.8.1. Concepto

Las técnicas de interpretación son 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.

2.2.8.2. La interpretación jurídica

2.2.8.2.1. Concepto.

La interpretación jurídica empieza su trabajo al momento de la aplicación del derecho mismo, cuando queremos encontrar o identificar el sentido de la norma, es decir, lo que la norma quiere decir o prescribe. Torres (2011) afirma que “la frase *interpretación del derecho* se refiere a la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho o conjunto de hechos concretos a los cuales deben aplicarse” (p. 510). La norma jurídica está escrita pero no siempre se puede entender lo que verdaderamente quiere decir, por ello se debe realizar una interpretación que sea preferentemente la más justa para la aplicación al caso concreto al cual se aplicará la norma. El mismo autor citado concluye que “en resumen, interpretar una norma jurídica es establecer su sentido y alcance en relación con un hecho determinado al cual debe aplicarse (p. 512).

Marcial Rubio afirmando ya que la interpretación es parte del momento de la misma aplicación del derecho, sostiene:

La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma (2009, p. 220).

2.2.8.2.2. La interpretación en base a sujetos

Desde esta perspectiva, la interpretación según el autor, podemos encontrar a la interpretación auténtica, interpretación doctrinaria e interpretación judicial o jurisprudencial. Ya sus nombres nos van indicando quienes son los encargados de realizarla.

A. Auténtica

Hay interpretación auténtica cuando el mismo órgano que expidió la norma, elabora mediante otra norma aclara o explica lo que la norma quiere decir. Así, sostiene Rubio (2009) que la interpretación auténtica “es aquella que la autoridad que tiene la competencia de dictarla o derogarla realiza sobre la misma norma y siguiendo el mismo procedimiento que se adoptó para producirlo” (p. 256).

Por ejemplo, es interpretación auténtica las exposiciones de motivos del código civil, código penal o de las leyes. También cuando el Congreso interpreta mediante una norma, a otra norma anterior; o cuando mediante decreto supremo, interpreta otro decreto supremo anterior a él.

Cabe recordar que esta interpretación auténtica tendrá fuerza vinculante porque así lo establece el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución, que prescribe:

Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

Además, Marcial Rubio señala que 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. (p. 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 de 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. Doctrinal

La doctrina como sabemos es fuente de Derecho, por tanto adquiere validez lo que los teóricos o académicos del Derecho expresan sobre las normas jurídicas. En ese sentido será interpretación doctrinaria aquella realizada por los juristas o investigadores del Derecho. Al respecto sostiene Rubio (2009) que la interpretación doctrinaria “es la que se realiza por personas comunes, sin autoridad estatal formal para producir legislación o jurisprudencia, y que tiene un valor puramente académico [...]” (p. 256).

Podemos ejemplificar este tipo de interpretación con los libros de Derecho que explican las normas, ellos mismos forman parte de la interpretación doctrinaria, así por ejemplo, las obras de Marcial Rubio, Aníbal Torres o Juan Espinoza citados en el presente trabajo, son claros y fieles ejemplos de interpretación doctrinaria; también lo puede ser, las palabras que expresan sobre las normas jurídicas en conferencias o seminarios de Derecho.

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, pro 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)

C. Judicial

Hay interpretación judicial o jurisprudencial cuando aquella es realizada por quienes conforman los tribunales o en general los que se encargan de administrar justicia. Por ello, Rubio (2009) afirma que la interpretación jurisprudencial “es la que realizan los tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional” (p. 256). Esta interpretación entonces es vinculante ya que la jurisprudencia es fuente de Derecho. Dicha interpretación también comprende a la jurisprudencia realizada por sede administrativa.

2.2.8.2.3. La interpretación en base a resultados

La interpretación según el resultado es aquella consistente en el alcance que se le quiere dar a la norma, puesto que la norma puede ser interpretada distintas maneras para que su alcance se extienda a un amplio número de situaciones o relaciones jurídicas o a un número reducido de ellas. Por tanto, según este criterio podemos detectar hasta cuatro formas de interpretación de las normas jurídicas; ellas pueden ser: interpretación restrictiva, interpretación extensiva, interpretación declarativa e interpretación pragmática.

A. 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. 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)

C. Declarativa

Bramont Arias (citado por Torres, 2006) señala que la “interpretación es declarativa, cuando se establece la conformidad de la letra de la ley con la voluntad de esta, o en otros términos, cuando el resultado de la interpretación ideológica coincide con la gramatical, en el sentido de que se limita a precisar el significado de una expresión que aparece indeterminado o ambiguo”. (p. 547)

La interpretación declarativa en sentido lato es cuando se interpreta a la palabra en toda la amplitud de su posible significado. Por otro lado, la interpretación declarativa en sentido estricto, se restringe el significado de la palabra a uno de los varios significados que en sí misma puede contener. (Torres, 2006, p. 548)

D. Pragmática

Denominado también interpretación de los intereses, se trata de aclarar el interés que guió al legislador que dio la ley. (Torres, 2006, p. 576)

2.2.8.2.4. La interpretación en base a medios

A. Literal

Llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras. (Torres, 2006, p. 552).

B. Lógico – Sistemático

“Cuando con la interpretación literal no se alcanzan resultados satisfactorios se recurre a razonamientos y reglas lógicas para buscar el sentido, ya no en la letra sino, en el espíritu de la norma” (Torres, 2011, p. 554).

C. Histórico

El intérprete debe indagar no solo la voluntad del creador de la norma, sino en especial la voluntad objetiva de ella que lo conduzca a encontrar la solución justa. De esto se deduce que la interpretación histórica se divide en una investigación sobre el origen histórico de las normas y en una investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas. (Torres, 2006, p. 567)

D. Teleológico

Este método de interpretación lo que busca es interpretar la norma conforme al significado mismo de lo que quiere expresar esa norma jurídica, es decir, aplica conforme a la *ratio legis*.

La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines. Mediante la interpretación teleológica, frente a un caso concreto, se establecerá cuál de los fines, de entre los varios a que tiende el ordenamiento, es el normativo decisivo. (Torres, 2006, p. 574)

Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la realidad social. (Torres, 2006, p. 574).

2.2.8.3. Integración jurídica

2.2.8.3.1. Concepto

Partiendo de la idea de que el derecho debe mediante sus operadores jurídicos encontrar la solución a los diversos supuestos de hecho que se generan dentro de la sociedad, es preciso señalar que la realidad jurídica encuentra muchas veces supuestos en los cuales no existe una norma jurídica aplicable a dicho supuesto de hecho. Esta situación no excusa a quienes administran justicia para dejar de aplicarla sustentándose en que no existe norma aplicable al caso. Para ello, es necesaria la aplicación de la integración jurídica. Torres (2011) sostiene dentro de esta línea que “ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma” (p. 606). Líneas atrás nos mueve a comentario una frase del mismo autor: “el derecho legislado siempre es completable” (p. 605), en ella pues se evidencia que en ocasiones el derecho no puede regular todos los

supuestos existentes en la realidad, ya que se ahogaría en un mar inacabable de normas debido a que el ser humano no actúa siempre de una misma forma, ello está en su esencia del ser humano; para tal caso, cuando no tengamos norma directamente aplicable, recurriremos ya no a la interpretación, sino a la integración jurídica.

Marcial Rubio respecto de la integración jurídica sostiene:

La integración jurídica, [...], se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (2009, p. 260).

2.2.8.3.2. Finalidad de la integración jurídica

La integración jurídica tiene por finalidad que ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se aplique dicha integración, y por ende, llenan vacíos legales o deficiencias de la ley. (Torres, 2006, p. 606)

2.2.8.3.3. Principios generales

A. Conceptos

Aníbal Torres comentando el art. VIII del T.P. del Código Civil peruano sostiene: “los principios generales del Derecho son las ideas, postulados éticos o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, integración e interpretación del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencia, y consuetudinario)” (2016, p. 129). Los principios generales del Derecho “son las bases

axiológicas y lógico-jurídicas que dan a un ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza histórica” (García, 2007, p. 499).

Marcial Rubio (2009) los define así:

Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que n lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento (p. 284).

Como expresa Espinoza (2015), “los principios generales del derecho son proposiciones que pueden provenir de las abstracciones de las normas, los valores o convicciones de un grupo social, los cuales se exigen recíprocamente al resolverse los casos concretos (p. 538). Así pues, son los principios generales del Derecho los que inspiran al mismo a perseguir la justicia y lograr el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, actuando con ética y con seguridad para resolver los casos concretos, logrando así lo que afirmamos en estas líneas.

B. Funciones

Los principios generales del Derecho cumplen ciertas funciones en la aplicación del Derecho, como parte de la interpretación y de la integración jurídica. Estas para Espinoza (2015, p. 550), siguiendo a Guido Alpa, son:

- a) **Función integradora**, en el sentido de ser instrumento técnico para colmar lagunas normativas.
- b) **Función interpretativa**, por cuanto ofrecen al intérprete el modo de subsumir

el tipo legal en un enunciado amplio.

- c) **Función delimitadora**, debido a que ponen un marco a las competencias legislativas estatales y negociales.
- d) **Función de fundamento**, ya que ofrecen los valores sobre los cuales se sostiene el entero ordenamiento jurídico.

Añade el mismo autor, siguiéndose de la misma doctrina, que “en jurisprudencia, se suele dar a los principios un uso doble: el primero, de carácter formal, es decir, como **técnica interpretativa**; el segundo uso es de tipo teleológico, o sea, como **técnica manipulativa**” (Espinoza, 2015, p. 550).

2.2.8.3.4. Laguna de ley

Gran problema presente en la aplicación del Derecho es que el ordenamiento jurídico no puede regular en toda su totalidad el inmenso sinnúmero de supuestos de hechos que ocurren en la realidad jurídica, es decir, para tales hechos, no existe norma jurídica que les sea aplicable. Este fenómeno jurídico es lo que frecuentemente se conoce como lagunas de la ley o lagunas normativas. Así en la doctrina española se dice que “estamos en presencia de una *laguna normativa* si y solo si un caso elemental del universo de casos de un sistema normativo *S* no está correlacionado con ninguna solución maximal del universo de soluciones” (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 109).

Es casi un imposible que un ordenamiento jurídico sea completo, es decir, que carezca de lagunas normativas. Producto de que el hombre como ser social por naturaleza es cambiante, es ilógico advertir que un ordenamiento jurídico llegase a ser completo,

porque con el devenir del tiempo se crearan nuevos supuestos y nuevas formas de actuación del hombre; pensando simplemente que un ordenamiento fuese completo, imaginemos el interminable número de normas que debería presentar para serlo, imposible.

No obstante, el problema de las lagunas tiene solución gracias al desarrollo del Derecho, puesto que dichas lagunas pueden ser colmadas mediante la analogía, las técnicas de argumentación jurídicas o por los principios generales del Derecho, en síntesis, mediante la integración jurídica.

2.2.8.3.5. Argumentos de interpretación

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).

Básicamente se utilizan 4 argumentos en la aplicación del Derecho para colmar las lagunas normativas. Estas son:

Argumento a pari

Argumento a fortiori

Argumento ab maioris ad minus

Argumento ab minoris ad maius

Estos últimos dos, son variaciones del argumento *a fortiori*. También tenemos el argumento *a contrario* como forma de colgar lagunas.

A. Argumento a pari

Este argumento precisa que <<donde hay la misma razón hay el mismo derecho>>. Nótese que por su forma de razonamiento es uno de los argumentos más utilizados en la cotidianidad. “El argumento recurre claramente a la *ratio legis* [...] y constituye el arquetipo de la analogía propiamente hablando” (Rubio, 2009, p. 271).

Un ejemplo de este argumento lo encontramos en la presente sentencia:

10. 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.

11. 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 antejucio 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”.

12. Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia interrogativa del ordenamiento, también denominada sentencia “rima obbligatoria” (de rima obligada) (Crisagulli, V. La sentenze “interpretative” della Corte costituzionale. 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 de 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” (Rubio, 2012, p. 140).

B. Argumento abminoris 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. Argumento abmaioris 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. 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 calidades 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. 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).

2.2.8.4. Argumentación jurídica

2.2.8.4.1. Concepto

Bergalli (citado por Meza, s.f.) señala que la argumentación jurídica “es aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer”. (pp. 91-92)

La argumentación jurídica implica explicar o aclarar el sentido de la norma cuando requieren claridad.

2.2.8.4.2. Vicios en la argumentación

Bergalli (citado por Meza, s.f.) indica que se llaman vicios en la argumentación a las formas en que se argumenta incorrectamente, esto es, a las falacias.

En tal sentido, se desarrollará los vicios en cuanto a las diversas categorías en que Toulmin las clasifica según que las mismas surjan: 1) de una falta de razones, 2) de las razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades:

1) Respecto a la primera menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.

2) De las razones irrelevantes; cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.

3) Las falacias debidas a razones defectuosas; se presenta cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica, sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.

4) Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas; se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.

5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división). (Atienza, citado por Meza, s.f., p. 107)

2.2.8.4.3. Argumentación en base a componentes

Todo argumento se compone de tres elementos: premisas, inferencia y conclusión.

En tal sentido, el autor Luján (citado por Gaceta Jurídica, 2004) lo define de la siguiente manera:

A. Premisas

Las premisas son aquellas proposiciones formuladas expresamente. Éstas se dividen en:

➤ **Premisa mayor:**

Dentro de la teoría general del derecho la premisa mayor siempre es la definición normativa que conceptualiza la regla jurídica que será comparada con el hecho o relación de la realidad, para establecer si es capaz o no de producir efectos jurídicos. (p. 214)

➤ **Premisa menor:**

En el orden jurídico la premisa menor es aquella que contiene el hecho real, que compuesto con la premisa mayor formará con propiedad la norma jurídica aplicable al caso concreto. (p. 214)

B. Inferencia

Luján (citado por Gaceta Jurídica, 2004) señala que la inferencia son las premisas pueden ser dos o más, se relacionan en un proceso de antecedencia y consecuencia, y se dividen en:

➤ **En cascada:**

Este tipo de inferencia se produce la conclusión que se obtiene de las premisas, permite a su vez, la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera. Por eso, también puede denominarse en secuencia. (p. 217)

➤ **En paralelo:**

Este tipo de inferencia se produce cuando la premisas, “per se”, pueden causar la existencia de dos o más consecuencias; todas ellas del mismo nivel, las que, a su vez, pueden ser empleadas en etapas posteriores de la inferencia. Por ejemplo, cuando en una resolución casatoria una consecuencia es declarar fundado el recurso y otra es ordenar su publicación en el diario oficial. Estas dos consecuencias poseen el mismo valor o rango y no derivan la una de la otra, sino que ambas provienen de las premisas, a partir de las cuales se ha arribado a estas conclusiones. (p. 218).

➤ **Dual**

En algunos casos las resoluciones proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo; una derivadas y, por tanto, en secuencia, y otras complementarias, es decir, en paralelo. Por ello podemos afirmar que nos encontramos en un caso de dualidad de tipo conclusivo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia casatoria que resuelve fundado el recuso y nula la sentencia de vista y, además, ordena que el órgano jurisdiccional emita nuevo pronunciamiento con arreglo a ley. (Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC. Ley 26435. Citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 218)

C. Conclusión

La conclusión del argumento se expresa en forma de proposición, idénticamente como las premisas, y generalmente es el paso que cierra las inferencias; o, en todo caso, cierra el argumento inicial, aun cuando pueda servir de acicate para nuevas argumentaciones en otra u otras inferencias.

Las conclusiones pueden clasificarse en única y múltiple. Estas se dividen en principales y accesorias o subsecuentes. A su vez, las subsecuentes puede ser: complementarias o simultánea. (p. 220)

➤ **Conclusión única:**

Clásicamente la argumentación culminaba en una sola conclusión, aun cuando la secuencia haya incluido varias inferencias que –en cascada– culminaron, después de varias operaciones lógicas, en una conclusión. Ese sería el caso de un silogismo modal o

un silogismo hipotético, o bien un categórico simple. Esta única conclusión ha derivado de las premisas en una sola inferencia. (p. 221)

➤ **Conclusión múltiple:**

La generalidad de los casos, particularmente en las argumentaciones jurídicas, las conclusiones son dos o más en una misma inferencia, e incluso en secuencias de inferencias conexas en una misma argumentación. Se dividen en:

- ✓ **Conclusión principal**, es la consecuencia más relevante que se obtiene en una inferencia. Es el caso de la conclusión de infundado o fundado el petitorio de la demanda.
- ✓ **Conclusión simultánea**, si la proposición principal se encuentra acompañada de otra, porque se ha empleado una inferencia paralela o dual, según el caso, entonces, esta segunda premisa, cuya relevancia es de segundo grado, sin que para obtenerla se haya tenido que dar otra diferente que aquella que produjo la conclusión principal, se denomina conclusión simultánea.
- ✓ **Conclusión complementaria**, si en la argumentación se ha empleado una inferencia en cascada o dual, tendremos que de la conclusión principal se desprende una conclusión en secuencia, que se complementa con la principal, con las simultaneas o con ambas, según el caso. (p. 221)

2.2.8.4.4. Argumentación en base a sujeto

Éstos se dividen en:

A. Principios

Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos (Alexy, 2007, 68).

B. Reglas

Por reglas se entienden que son los enunciados que expresan una forma de comportamiento determinado o una condición por la cual debe pasar determinado acto para poder obtener un resultado querido. (Luján citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 222)

C. 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”.

➤ **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:

a) *La Tesis fuerte de la separación.*- Existen diferencias cualitativas y no sólo 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.

b) *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.

c) *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” sólo 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 extra sistemáticos 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 extra sistemáticos 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 la separación entre reglas y principios y formular la 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)

➤ **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.

2.2.8.4.5. Argumentos interpretativos

Según Zavaleta (2014) Son los instrumentos de justificación del significado conferido a los enunciados elegidos para resolver el caso. Los cuales ni son arbitrarios ni constitutivos, sino vienen hacer el producto de una actividad racional y argumentada que ofrece una conclusión fundada en forma de enunciado interpretativo, susceptible de ser universalizado (pp. 303-304)

Gran aporte nos ha dado la doctrina italiana sobre los diversos tipos de argumentación jurídica. Giovanni Tarello (2003, p. 309 y ss.) ha clasificado de buena forma los siguientes tipos de argumentación jurídica, a los cuales también denomina “esquemas persuasivos generales”:

El argumento *a contrario*

El argumento *a simile, ad simile* (o bien argumento analógico)

El argumento *a fortiori*

El argumento de la completitud de la disciplina jurídica

El argumento de la coherencia de la disciplina jurídica

El argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto)

El argumento histórico (o presunción de continuidad, o hipótesis del legislador conservador)

El argumento apagógico (o *ab absurdo*, o *reductio ad absurdum*, o hipótesis del legislador racional).

El argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines)

El argumento económico (o hipótesis del legislador no redundante)

El argumento autoritativo (o *ab exemplo*)

El argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado)

El argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis del legislador impotente)

El argumento equitativo

El argumento a partir de los principios generales (o analogía *iuris*)

A continuación, daremos explicación a cada uno de estos tipos de argumentación jurídica según definiciones de Juan Espinoza (2015, p. 273 y ss.) citando a Tarello,

pero en la versión italiana de la obra citada con anterioridad, traducida por el mismo autor peruano:

Argumento *a contrario* (*ubilexvolut, dixit; ubinoluit, tacuit*)

Tarello sostiene respecto al argumento *a contrario*:

Habiendo una norma determinada que predica una calificación normativa dada (por ejemplo: un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de una norma expresa, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos (c.p. Espinoza, 2015, pp. 273-274).

Espinoza define al argumento *a contrario* de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, en atención al principio del tercero excluido, se descarta la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas (2015, p. 273).

Argumento *a simili* o analógico (*lexminus dixit quamvolut*)

Tarello sostiene respecto al argumento *a simili* o analógico:

Existiendo una norma que predica una calificación normativa determinada (por ejemplo:

un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos, que tenga con el primer sujeto o con la primera clase de sujetos una semejanza o “analogía” asumida como relevante en orden a la identidad de la disciplina jurídica (c.p. Espinoza, 2015, pp. 275-276).

Espinoza define al argumento *a simili* o analógico de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, amplía la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas similares o semejantes (2015, p. 275).

Argumento *a fortiori*

Tarello sostiene respecto al argumento *a fortiori*:

Existiendo una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación jurídica de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que exista) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentren en una situación tal de merecer, *con mayor razón* que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada otorga al primer sujeto o clase de sujetos (c.p. Espinoza, 2015, p. 276).

Espinoza define al argumento *a fortiori* de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, forzosamente se tiene que ampliar la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, por una mayor razón o merecimiento (2015, p. 276).

Argumento de la completitud de la disciplina jurídica

Tarello sostiene respecto al argumento de la completitud:

[...] no pudiéndose ubicar una norma que, para un comportamiento dado o para un sujeto, adscriba una calificación normativa a dicho comportamiento, se debe concluir que, no obstante ello, valga (que sea válida, que exista) una norma que adscribe al comportamiento no regulado una calificación normativa determinada (c.p. Espinoza, 2015, p. 278-279).

Espinoza define al argumento de la completitud de la siguiente manera:

El argumento de la completitud presupone la existencia de una falta de enunciado legislativo, de ello se deriva la necesidad o la obligación (de tratarse de un juez, un árbitro o de un órgano decisorio) de crear el enunciado para el caso concreto.

Se trata de un argumento débil, por cuanto, necesariamente requiere de otro para su empleo (2015, p. 278).

Argumento de la coherencia de la disciplina jurídica

Tarello sostiene respecto al argumento de la coherencia:

[...] en presencia de dos normas que respectivamente predicen dos calificaciones normativas incompatible, se debe concluir que, al menos, una de las dos normas no valga (no sea válida, no exista) en vía general o no sea aplicable en el caso particular (c.p. Espinoza, 2015, p. 280).

Espinoza define al argumento de la coherencia de la siguiente manera:

Dados dos enunciados legislativos que regulan la misma categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, de manera distinta, se impone la eliminación de la incoherencia o antinomia sobre la base del principio de jerarquía (prima el enunciado de mayor jerarquía), cronología (prima el nuevo enunciado respecto del antiguo o de especialidad (prima el enunciado especial frente al general) (2015, p. 280).

Argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto)

Tarello sostiene respecto al argumento psicológico:

[...] a todo enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, del legislador en concreto, del legislador histórico (c.p. Espinoza, 2015, p. 283).

Espinoza define al argumento psicológico de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a la voluntad del legislador (*mens legis*).

Se trata de un argumento débil, dado su carácter marcadamente subjetivo (2015, pp. 282-283).

Argumento histórico (o presunción de continuidad o hipótesis del legislador conservador)

Tarello sostiene respecto al argumento histórico:

Dado un enunciado normativo, a falta de indicación contraria expresa, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al precedente e existente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica o el mismo significado normativo contenido en un documento arquetípico de otra organización (c.p. Espinoza, 2015, p. 284).

Espinoza define al argumento histórico de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo nuevo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, en atención al criterio de continuidad histórica, este debe ser interpretado de la misma manera en la cual se interpretaba el enunciado legislativo que lo antecedía (2015, p. 284).

Esta forma de argumentación deviene en débil producto de los cambios del Derecho con el paso del decurso del tiempo. Por ello, el autor nacional que venimos citando, propone como respuesta a dicha debilidad del argumento histórico, un nuevo tipo de argumento, a decir del propio Espinoza (2015), el **argumento de la evolución histórica**, “en el cual se tiene en cuenta, no los antecedentes del enunciado legislativo, sino el entorno actual en el cual debe ser aplicado” (p. 284).

Argumento *abductivo* o *apagógico*

Tarello sostiene respecto al argumento *abductivo* o *apagógico* que es aquel por el cual “se debe excluir la interpretación de un enunciado normativo que dé lugar a “una norma absurda”” (c.p. Espinoza, 2015, p. 286).

Espinoza (2015) define a este argumento afirmando que “dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, es un imperativo excluir las interpretaciones absurdas” (p. 286).

Argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines)

Tarello sostiene respecto al argumento teleológico:

A un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley de la cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico, reconstruye los fines “de la ley” (o “del legislador”), pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del

texto de la ley o por una clasificación de los fines o de los intereses que el derecho protege, en vez de documentos preparatorios (como las sesiones de comisión), concebidos como indicios de voluntad de un individuo o de una asamblea entendida en sentido concreto (c.p. Espinoza, 2015, p. 287-288).

Espinoza define al argumento teleológico de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los fines o razones por los cuales fue creado (*ratio legis*). Los fines pueden encontrarse explícitamente en el texto del enunciado legislativo o se pueden inferir del mismo (2015, p. 287).

Argumento económico (hipótesis del legislador no redundante)

Tarello sostiene respecto del argumento económico:

[...] se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque si la atribución de significado no fuese excluida, se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo (c.p. Espinoza, 2015, p. 289).

Espinoza define al argumento económico de la siguiente manera:

Dados dos enunciados legislativos que regulan la misma categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, de la misma forma, se impone la eliminación de la redundancia sobre la base del principio de jerarquía (prima el enunciado de mayor jerarquía), de prioridad en el tiempo (se prefiere a la ley anterior que a la posterior) o de absorción (el enunciado que cubre más supuestos absorbe al que tiene menos) (2015, p. 288).

Argumento autoritativo (o *ab exemplo*)

Tarello sostiene respecto del argumento autoritativo:

A un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien solo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicación-producto o interpretación-producto, vale decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial o a la interpretación de la doctrina (c.p. Espinoza, 2015, p. 290).

Espinoza (2015) define al argumento autoritativo señalando que “dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios de autoridad (doctrina, legislación o jurisprudencia comparada, entre otros” (p. 290).

Argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado)

Tarello sostiene respecto al argumento sistemático:

A un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entendido que entre ellos hay una vinculación a efectos de la “interpretación sistemática”) se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el “sistema jurídico” (c.p. Espinoza, 2015, p. 292).

Espinoza define al argumento sistemático de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios del sistema dentro del cual se encuentra. Ello forzosamente excluye una interpretación aislada del texto (2015, p. 291).

Argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis del legislador impotente)

Tarello (citado por Espinoza, 2015) sostiene respecto al argumento naturalista que “se funda en concepciones del derecho por las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza, en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas, su propia disciplina” (p. 294).

Espinoza define al argumento naturalista de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios de la naturaleza de las cosas. Dicho en otras palabras, consiste en explicar problemas jurídicos con argumentos no jurídicos (como la Economía, Sociología, Biología, entre otros) (2015, p. 293).

Argumento equitativo

Tarello sostiene sobre la equidad y el argumento equitativo respectivamente lo siguiente:

La equidad sirve para acreditar, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que está menos en conflicto contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el “buen” resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones consideradas como “inicias” (c.p. Espinoza, 2015, p. 297).

Espinoza (2015) señala sobre el argumento equitativo que “dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención al criterio de justicia del caso concreto” (p. 297).

Argumento a partir de los principios generales (o analogía *iuris*)

La doctrina que venimos comentando sostiene que este es un argumento de tipo dual. Tarello (c.p. Espinoza, 2015) en ese sentido expresa “argumento productivo, en cuanto utilizado para colmar las denominadas “lagunas” del derecho, y argumento

interpretativo, en cuanto utilizado para decidir atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer atribuir, significados a enunciados normativos” (p. 299).

Espinoza siguiendo la postura dual, define a dicho argumento y justifica su dualismo de la siguiente manera:

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los principios del derecho (modelos crípticos o sumarios que provienen de las normas jurídicas, valores, doctrina o de los mismos criterios de la sociedad).

Se trata de un argumento dual, por cuanto puede ser empleado como un argumento de producción (falta el enunciado legislativo) como de interpretación (existiendo el enunciado legislativo, se le quiere dar un alcance diverso) (2015, p. 299).

Debemos adicionar a estos argumentos, otros dos que menciona Zabaleta (2004) y no figuran en la lista anterior:

A. Argumento a sedes materiae

Este argumento postula la atribución o el rechazo del significado de un dispositivo o enunciado legal a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Desde esta perspectiva, la ubicación topográfica de una determinada disposición debe ser tomada en cuenta por el intérprete, dado que proporciona información sobre su contenido.

Por lo que para ésta clase de argumento, la agrupación de los artículos en capítulos, títulos y secciones responde a que comparten ciertas características o principios

comunes que son de ayuda para la labor interpretativa. Fundamentándose en la idea de que las disposiciones legales se encuentran racionalmente sistematizadas.

Siendo que la utilización racional de éste argumento requiere primero, mostrar que el enunciado forma parte (o no) de un determinado título, capítulo o sección; y segundo, explicar las razones por las cuales es plausible inferir un significado específico del enunciado normativo a partir de su inserción (o su falta de inclusión) en el título, capítulo o sección. Por lo que éste tipo de argumento requiere el complemento de otros argumentos.

B. Argumento a rúbrica

Postula la atribución de significado a un enunciado en función del título o la rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que dicho enunciado se encuentra. Por lo que tanto el argumento sedes materiae y argumento a rúbrica suelen ser utilizados conjuntamente.

C. Argumento apagógico

El razonamiento apagógico, de reducción al absurdo o a lo imposible. A través de este argumento se establece la verdad de una determinada hipótesis dando un rodeo; esto es, demostrando que la hipótesis contraria es, a su vez, opuesta con otra que de antemano ha sido reconocida como verdadera.

Para aplicar el argumento por reducción al absurdo se requieren de dos hipótesis, ambas contradictorias o incompatibles entre sí y, por tanto, imposibles de existir al mismo

tiempo y en idéntico lugar. Así primero se demuestra la falsedad de la hipótesis opuesta a la que se defiende, a partir de su inconsecuencia con una tesis incuestionable o previamente aceptada (premisa de contraste), para luego concluir en la verdad de la hipótesis esgrimida por aplicación del principio lógico de tercio excluido, conforme al cual entre dos proposiciones sobre el mismo objeto de las cuales una niega y la otra afirma, si se ha reconocido o demostrado que una es falsa, la otra es verdadera, no siendo posible que exista una tercera alternativa.

Por ello en el ámbito jurídico, el uso del argumento ad absurdum no se limita a rechazar las inconsistencias lógicas. La noción de absurdo es mucho más amplia y abarca cualquier afirmación considerada inaceptable o incoherente con el ordenamiento jurídico. De este modo, se define como argumento que permite rechazar un significado o una interpretación de un texto normativo (prima facie posible), porque conduciría a consecuencias o resultados absurdos, por ser jurídicamente imposibles o inaceptables.

Empero cabe resaltar que la cuestión es cuándo puede sostenerse que una interpretación determinada conduce a resultados absurdos.

Razón por la cual, los españoles Gascón y García señalan que para sostener que una determinada interpretación conduce a resultados absurdos “(...) quien use este argumento tendrá que estar dispuesto a demostrar dos cosas: que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, es decir, que I – R; y que ese resultado es absurdo, no deseable e inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; es decir, que es obligatorio no-R.

D. Argumento de autoridad

Es uno de los que más frecuente uso tiene en la práctica jurisdiccional. Consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica.

El término autoridad se refiere a una persona o a un órgano, por lo que esta clase de argumento consiste en invocar las opiniones, criterios o juicios de una persona, grupo de personas o instituciones acreditadas como especialistas en el ámbito sobre el que se está discutiendo, como fundamento para dotar solidez a la interpretación.

Si la apelación a la autoridad tiene en cuenta las razones que esta ofrece para defender una determinada solución, el argumento tendrá la fuerza de esas razones; sin embargo, si solo se apela al prestigio de la persona que formuló la opinión, el argumento no tendrá ninguna fuerza justificativa, aunque puede ser persuasivo. Cuando hay discrepancia entre los autores sobre las soluciones para el problema interpretativo, lo dicho precedentemente es fundamental, ya que deberán aportarse razones adicionales para preferir una determinada posición en lugar de otra u otras.

Por ello tomando lo referido por Weston, respecto a la argumentación en general, se debe de tomar en cuenta: Las fuentes deben ser citadas; debe verificarse que las fuentes estén bien informadas; debe tomarse en cuenta si las fuentes son imparciales; deben comprobarse las fuentes.

E. Argumento a partir de principios

En la doctrina y en la legislación se reconoce que los principios cumplen dos funciones esenciales: interpretativa, según la cual las reglas deben interpretarse a la luz de los principios que las fundamentan; e integradora, en el sentido que ante el vacío o deficiencia de la ley, se deben recurrir a los principios que rijan en determinada área del Derecho para resolver el caso.

El argumento a partir de principios, en función interpretativa, requerirá, entonces, primero, justificar que la regla en cuestión tiene como fundamento a un determinado principio; y, segundo, justificar que el contenido de dicho principio es compatible con un determinado significado y no con otro.

La segunda de las funciones (integradora) implica que ni siquiera existe una regla que pueda ser aplicada por analogía, por lo que la integración debe hacerse a partir de los principios. Sin embargo cabe mencionar que no se considera como argumento interpretativo sino como un instrumento de creación del derecho. Por ello, su uso debe ser sumamente excepcional. Por ello el Juez, deberá verificar la inexistencia de una regla que regule el caso o que pueda ser aplicada por analogía. Luego deberá realizar una ponderación entre el principio del cual pretende extraer una determinada solución y el principio que se vería afectado con ella. El resultado de dicha ponderación deberá ser una regla que sirva para resolver el caso.

2.2.8.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica

A. 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)

B. 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).

C. 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 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)
- d)

D. 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 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 sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica. (p. 54)

2.2.8.4.7. Problemas de la argumentación jurídica

A. 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.

B. 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).

Además, de lo desarrollado puedo acotar que la argumentación jurídica es el proceso mental lingüístico, sea oral o escrito, que los operadores jurídicos, en este caso los magistrados, realizan para persuadir o convencer a la otra parte respecto a

sus pretensiones, no como un mero proceso discursivo del uso de la buena palabra, sino que se deben expresar razonadamente los argumentos para tener la eficacia y validez que se busca, esto es la tutela jurídica efectiva.

2.2.9. Derecho a la debida motivación

Monroy afirma sobre el derecho a la debida motivación:

Una de las conquistas más importantes, no sólo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquéllas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal (2007, p. 183).

Constitucionalmente el Estado garantiza que la administración de justicia no es arbitraria, por eso, toda decisión de los jueces debe tener un sustento que fundamente su motivación a la decisión que tomó. Así la Constitución establece:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que sustentan.

Este derecho es una garantía de que la justicia debe aplicarse no por arbitrio del juez, sino basándose en fundamentos que motivaron a su fallo. “La motivación escrita de las resoluciones judiciales es fundamental porque mediante ella las personas pueden saber si están adecuadamente juzgadas o si se ha cometido una arbitrariedad” (Rubio, 2015, p. 234). Bajo esta exigencia constitucional, el justiciable puede estar tranquilo de que la sentencia procurará de ser lo más justa posible, porque debe estar debidamente motivada por quien o quienes la dictaron, señalando la norma que aplicaron y los hechos en los

cuales se han sustentado para la aplicación de dicha norma. A través de esta exigencia, el juez se verá limitado a aplicar el Derecho fundamentándolo correctamente.

La debida motivación de las resoluciones judiciales es un principio procesal que garantiza que la sentencia sea lo más justa posible; en virtud de ello, toda sentencia debe cumplir con este principio procesal. De no cumplirse este principio, el Derecho le permitirá al justiciable impugnar esta sentencia para que sea debidamente motivada; en esos términos, DevisEchandía (c.p. Monroy, 2007) sostiene:

De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ellas se explican (p. 183).

El Tribunal Constitucional se ha expresado sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Así:

Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Esp. N.º 1480-2006-AA/TC. Fj 2) ha tenido la oportunidad de precisar que

“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por

los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (STC, Exp. N.º 00728-2008-PH/TC).

2.2.9.1. Importancia a 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.

2.2.9.2. 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 valderamente 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) que 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, aún 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 acudir a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

- ii. **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.

- iii. 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).

De las definiciones esgrimidas y por estudios en pregrado, en la vida profesional y por práctica jurisdiccional, sabemos que la motivación de las resoluciones judiciales,

cumple dos grandes funciones en el ordenamiento jurídico. Por un lado, es un instrumento técnico procesal y, por el otro, es a su vez una garantía político - institucional. Efectivamente, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: i) Facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes; ii) La de ser un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia.

2.2.9. Derechos fundamentales

2.2.9.1. 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.

2.2.9.2. Conceptos

SostieneMazzarese (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).

2.2.9.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Según el autor Mazzaresse (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 pre adopción 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 redefinición (...) 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 meta normas 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)

2.2.9.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho

Señala Mazzaresse (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 redefinición 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.-SeñalaMazzarese (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).

2.2.9.5. 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 problematización de su noción.

2.2.9.5.1. 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 Mazzaresse (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 sólo 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. (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 Mazzaresse (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 (Mazzaresse, 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.

2.2.9.5.2. Dificultades lógicas

Señala Mazzaresse (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).

Acotando lo desarrollado, que los derechos fundamentales son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria. En consecuencia los derechos fundamentales son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables, universales.

2.2.9.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.

El recurso de casación se funda exclusivamente en la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, es decir en la inaplicación de las normas de derecho sustancial, en tal sentido del análisis exhaustiva del caso, materia de la presente investigación, se vislumbra que con la sentencia de primera instancia vulneró el derecho fundamental al derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 y siguientes de la Constitución Política del Estado, y la estabilidad laboral permanente, amparado en la ley N° 24041, toda vez que la accionante al haber realizado labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios, bajo contrato de locación y contratos determinados en forma ininterrumpida, ya había adquirido el derecho de permanencia laboral y que la entidad empleadora ha pretendido negar, desnaturalizando los contratos de la demandante, enervando su carácter indeterminado, y pese a ello, fue promovida aun cargo de confianza, mediante el abuso del derecho del empleador, ello a pesar de no se había acreditado la existencia de una comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral, sin embargo, al ser revocada la sentencia de primera instancia, que declaró infundada la demanda, y reformándola la Primera Sala Civil declaran fundada la demanda y declararon nula la resolución de Alcaldía N° 065-2011-H/A, ordenando la reposición laboral de la demandante en la plaza orgánica N° 51 – Abogado de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural , con el cual el Poder Judicial le reconoce ese derecho que se venía vulnerándose.

2.2.9.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio

- **Derecho del Trabajo.-** El trabajo además de ser un derecho, es un deber. Es la base del bienestar social y un medio de la realización de la persona, cuyo objeto

es la defensa de la seguridad y estabilidad, es así que el tribunal constitucional en sucesivos precedentes vinculantes ha establecido que el derecho al trabajo contiene no solo el derecho a acceder a un empleo, sino también a que un trabajador no sea despojado de este sin que exista una causa justa prevista en la ley.

- **Contrato de trabajo.-** Es el acuerdo de voluntades mediante el cual una de la partes, en este caso el trabajador se compromete libremente a prestar sus servicios, poniendo su energía de trabajo a disposición de la otra parte que el empleador a cambio de una retribución. En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
- **Contrato de locación de servicios.-** Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución.
- **Extinción de contrato de trabajo.-** Es la terminación del vínculo laboral que liga a las partes con la consiguiente cesación definitiva de las obligaciones de ambas.
- **Principio de la Primacía de la realidad.-** Por este principio en caso de existir entre los que señalan los documentos y los datos de la realidad, se deben preferir los hechos sobre los documentos.
- **Estabilidad laboral.- Para Erminda Uriarte,** la estabilidad laboral es la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de justa expresamente prevista.

- **Despido arbitrario.-** Es la extinción de contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, sin mediar una justa causa.

- **Desnaturalización de contratos por el carácter de indeterminado**

Como es de conocimiento durante las dos últimas décadas, en el Sector Público del Perú, a través de las leyes anuales de presupuesto y en normas conexas, se han dictado medidas de racionalidad y de austeridad en el gasto fiscal en materia de personal, estas medidas conllevaron a sustituir personal laboral a través de la contratación de Servicios No Personales, encubriendo de esta manera una típica relación laboral a la luz de la primacía de la realidad.

Tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en uniforme jurisprudencia ha establecido que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicio civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de la irrenunciabilidad de derechos laborales sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

Al margen de la apariencia temporal que se reflejaba en el contrato de servicios no personales, al tener en su ejecución las características de subordinación, dependencia y permanencia, son sin duda alguna de naturaleza laboral por este principio, que es un elemento implícito, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la actual Constitución Política.

El elemento que configura el contrato de trabajo, es la subordinación que se manifiesta en el hecho de que al poner el trabajador su capacidad laboral a disposición del empleador, le otorga a éste el poder de dirigirlo, de darle órdenes

y de controlarlo, y él, por su parte, se obliga a obedecerle; esto es así por cuanto el ordenamiento jurídico laboral ha configurado como un rasgo esencial la obligación del trabajador de sujetarse a las decisiones del empleador durante el tiempo que dure la prestación de servicios.

Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad

En la legislación, también se establece, la desnaturalización del contrato de trabajo sujetos a modalidad, pues supone que tales modalidades de contratación llegan a ser utilizadas para labores de distinta naturaleza. Tal hecho ocurre cuando el empleador en un intento de desligarse de sus responsabilidades para con el trabajador, opta por maniatar a sus trabajadores, al momento de la suscripción de los contratos de trabajo.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su búsqueda por lograr aparecer garantías a favor del trabajador, ha incorporado una serie de medidas con el objetivo de evitar que sus disposiciones sean empleadas en perjuicio del trabajador. Impide que prestaciones laborales que caracterizan a relaciones transitorias de trabajo sean modificadas maliciosamente en prestaciones que, materialmente, caracterizan a relaciones jurídico-laborales permanentes.

Causas o supuestos de desnaturalización:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.

- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación.
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

La desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, se dan por las causales establecidas, no cumplir con los requisitos exigidos para su validez y por vulnerar el Principio de Causalidad y el Principio de primacía de la realidad.

La desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, produce automáticamente una contratación a plazo indefinido, consecuentemente solo puede despedirse por causa justa relacionada con su conducta o capacidad y previo procedimiento de ley.

2.2.10. Medios Impugnatorios en la LPCA

2.2.10.1. El Derecho a cuestionar la Decisión del Juez de lo Contencioso Administrativo

La doctrina procesal no duda del alcance de los medios de impugnación que, como se estima, son medios para lograr que el superior examine la inconcurrencia de error o vicio al momento de expedir un acto procesal.

Compartiéndose lo sostenido por Hinostraza (2010) en donde el recurso es un medio impugnatorio dirigido a lograr la revisión de una resolución judicial afectada de vicio o error de forma o de fondo, a efecto de que sea revocada o invalidada, total o parcialmente, por el órgano jurisdiccional superior, que deberá emitir una nueva decisión al respecto u ordenar al inferior jerárquico que lo haga de acuerdo a los considerandos del primero. (p. 449).

Por lo que los medios de impugnación, en tanto derecho constitucional de configuración legal, de los justiciables, buscan un reexamen del acto procesal expedido, reexamen sustentado en la presencia de vicio o error en la formación de la voluntad judicial. De cara a lo contencioso administrativo, al proceso de la LPCA, el tema de los medios sigue igual línea que la propuesta del CPC, aun cuando presenta a partir del decreto Legislativo N° 1067 y del Texto Único ordenado de la LPCA, algunas peculiaridades. (Huamán, 2010, p.314).

2.2.10.2. Los recursos impugnativos del artículo 35 de la LPCA

El error es el elemento de gravitancia del uso de los medios impugnatorios. Los artículos del CPC implican un desarrollo de los medios de impugnación se desarrollan en igual forma en el proceso de la LPCA. Así, en el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos:

- a) *El recurso de reposición* contra los decretos a fin de que el Juez los revoque.

- b) *El recurso de apelación* contra las siguientes resoluciones: Contra las sentencias, excepto las expedidas en revisión; contra los autos, excepto los excluidos por Ley.
- c) *El recurso de casación* contra las siguientes resoluciones: Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores; los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso.

El *recurso de casación* procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables, cuando la cuantía del acto impugnado sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P) o cuando dicho acto impugnado provenga de autoridad de competencia provincial, regional o nacional; y, por excepción, respecto de los actos administrativos dictados por autoridad administrativa distrital, cuando la cuantía sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P).

En los casos a que se refiere el artículo 26 no procede *el recurso de casación* cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión. Llamando la atención de lo prescrito en el texto Único Ordenado de la LPCA, el artículo 35, siendo que en la actualidad contiene una disposición tamizadora del recurso casatorio ante la evidencia de uso indiscriminado por la administración, en concreto por la Administración pensionaria, ONP, para alargar el proceso.

2.2.10.3. No procedencia del recurso de casación en las pretensiones del artículo 35.

La reestructuración de la intervención casacional del Tribunal Supremo del Perú respecto del proceso urgente de la LPCA

Del artículo 35 presente en el Texto Único Ordenado de la LPCA conviene, detenerse tal como señala Huamán (2010) en el tercer párrafo de dicho artículo, por cuanto cuando las pretensiones se refieran a “simple vía de hecho”, inactividad administrativa material y pretensiones relacionadas al contenido esencial del derecho a la pensión, ya señaladas en los artículos 24,1 al 24,3 de la LPCA, el recurso casacional, de ser favorable al ciudadano los fallos en primer y segundo grados, no procederá. Este párrafo es de suma importancia, pues con esto se impide con especial referencia al contencioso administrativo previsional de urgencia que la Administración use a la Corte Suprema casatoria para dilatar el cumplimiento de la decisión jurisdiccional como se viene haciendo.

No puede soportarse que en la nueva “presentación” del proceso de urgencia y que respecto del derecho a la pensión para su consideración como un proceso iusfundamental, como un amparo de lo contencioso administrativo además de las 2 pretensiones manejadas de ordinario en el anterior proceso llamado sumarísimo, se mantenga como un imperativo, la “utilidad” de la casación en materias relacionadas al proceso relativo al reclamo de derechos pensionarios que, no es verdad oculta, ocupan la mayoría de demandas del proceso de la LPCA. Siendo lo delicado del asunto es que los jueces civiles hacen las veces de jueces de lo contencioso administrativo, por lo que se va a producir de alguna manera un exceso de demandas que ya no tienen con el proceso de urgencia porque acudir al amparo constitucional cuando la misma satisfacción procesal la han de encontrar en el artículo 26 de la LPCA. (Huamán, 2010, p. 318-319)

2.2.10.4. El artículo 36 de la Jurisdicción de Justicia Administrativa: Requisitos de Admisibilidad y Procedencia de los Medios de Impugnación

Los recursos tienen los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia regulados en el CPC. En general dado que la propia LPCA nos remite al CPC, el artículo 357 de dicho cuerpo procesal determina los requisitos de admisibilidad de los medios impugnatorios en general, siendo esto así, ellos se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario, atendiendo a la formalidad y plazos previstos en el CPC para cada uno. A su vez, el artículo siguiente, esto es el artículo 358 determina los requisitos de procedencia de los medios impugnatorios.

Siendo que el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, necesita de requisitos de admisibilidad y procedencia captados en los artículos 387 y 388 del CPC. El artículo 387 que expone los requisitos de forma, sostiene que el recurso de casación se interpone:

1. Contra las resoluciones enumeradas en el artículo 385 del CPC.
2. Dentro del plazo de 10 días, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, acompañando el recibo de pago de la tasa respectiva; y
3. Ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada.

A contraparte los requisitos de fondo según artículo 388 son:

- a) Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso.
- b) Que se fundamente con claridad y precisión, expresando en cuál de las causales descritas en el artículo 386 del CPC se sustenta y, según sea el caso:
 - Cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma de derecho material.
 - Cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso; o
 - En que ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida.

La regulación del CPC aplicable al proceso de la LPCA puede verse en su remisión implica no aplicación supletoria sino, antes bien directa, como es la mención del artículo 36 del Texto Único Ordenado de la LPCA.

2.2.11. Recurso de casación

2.2.11.1. Causales según caso en estudio.

- **Causal de infracción normativa del artículo 139 inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Estado.-** El debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional consagrado en el inciso 3 del artículo de la Constitución Política del Estado, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela juisrdiccional de

sus derechos, a través de un procedimiento regular en la que se oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho a la defensa, de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada.

La exigencia de las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, ello garantiza a los jueces expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia.

➤ **Causal de infracción normativa del artículo 2 de la Ley N° 24041.-**

Sin embargo, es menester **conceptualizar el Recurso de casación**, que es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) revise y revoque o anule las resoluciones expedidas por las Salas Superiores como órganos de segundo grado (que pongan fin al proceso), que infringen la normatividad material o procesal a tal punto que la referida infracción incide directamente en la parte decisoria de la resolución de que se trate, provocando así un fallo ilegal, irregular, indebido o injusto. (Hinostroza, 2010, p. 476)

A través del recurso de casación se fiscaliza, el quehacer judicial en la aplicación de la ley, y se salvaguarda la uniformidad de ésta y la de la jurisprudencia nacional, resultando un instrumento de gran utilidad para lograr la seguridad jurídica y la igualdad de las personas ante la ley.

2.2.11.2. Fines de la casación

Son fines de la casación el reexamen y la modificación o anulación de las resoluciones (expedidas en segundo grado por las Salas Superiores y que pongan término al proceso) que contengan vicios in iudicando o in procedendo, que por error o arbitrariedad judicial, infrinjan normas de naturaleza material o procesal, que incidan directamente en su parte decisoria y den lugar, por lo tanto, a un fallo irregular y contrario a derecho. (Hinostroza, 2010, pp.477-478)

El artículo 384 del Código Procesal Civil (Código cuya normatividad resulta aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo en los casos no previstos en el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS: Primera Disposición Final del referido Decreto Supremo) trata acerca de los fines de la casación en estos términos:

“El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

2.2.11.3. Causales

El artículo del Código Procesal Civil (Código cuya normatividad resulta aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo en los casos no previstos en el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS: Primera Disposición Final del citado Decreto

Supremo) regula las causales de la casación, desprendiéndose de dicho numeral que tales causales son las siguientes:

- ***Infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada***, pudiendo ser la norma de que se trate de naturaleza material (sustantiva) o procesal (adjetiva). Para que la referida infracción normativa constituya causal de casación debe tener una repercusión inmediata y directa en el fallo o parte resolutive de la resolución recurrida, pues si el vicio o error que se denuncia se encuentra en los considerandos o en la motivación de la resolución de que se trate y no influye en lo absoluto en su parte decisoria, entonces, el recurso de casación deviene en infundado, al estar obligada la Sala Suprema respectiva a desestimar dicho medio impugnatorio cuando la resolución impugnada, pese a estar erróneamente motivada, resuelve conforme a derecho (lo que no obsta que dicha Sala Suprema haga la rectificación del caso).
- ***Apartamiento inmotivado del precedente judicial*** (siendo éste lo que se conocía antes como doctrina jurisprudencial), dado el carácter vinculante del precedente judicial respecto de todos los órganos jurisdiccionales de la república, el apartamiento del precedente judicial sólo podría configurarse cuando la hipótesis de que trata dicho precedente no se subsume o encuadra con exactitud dentro del caso concreto que es materia de juzgamiento (lo que, en puridad, no constituye un apartamiento del precedente judicial sino un supuesto de no aplicación total o parcial del mismo por no corresponder ello); por lo tanto, la causal casatoria de apartamiento inmotivado del precedente judicial no se adecua al caso concreto, cuando en realidad sí ocurre tal adecuación. Otro supuesto (aunque poco probable de que acontezca) en que operaría la causal casatoria de apartamiento inmotivado del precedente judicial estaría representado por el hecho de que la Sala Superior respectiva aplique al caso concreto un precedente judicial que fue posteriormente modificado por otro vía el pleno casatorio de ley. Acerca del precedente judicial, el artículo 400 del Código Procesal Civil prescribe: a) que la Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial; b) que la decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente; c) que los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno

casatorio; d) que el texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente; y e) que la publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

2.2.11.3.1. 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)

A. 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)

B. 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, y erra 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 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).

C. 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).

2.2.11.3.2. 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.

A. 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 estará 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).

B. 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. 3° y 14° 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 sajón se ha denominado “*hisday in court*”.

C. 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 impedir 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.

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).

2.2.11.4. Elementos de la seguridad jurídica

La previsibilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales sirve también de interés general, pues los potenciales litigantes, antes de recurrir al Órgano Jurisdiccional, podrán conocer con anticipación, el grado de posibilidades que tienen de ser atendidos en sus pretensiones. Esto es lo que se denomina la corriente jurisprudencial.

En tal sentido, los fallos de la Corte Suprema, ya sea por su correspondiente carga procesal, es posible encontrar pronunciamientos distintos y hasta contradictorios sobre un mismo problema jurídico, de tal manera que el fin de la uniformidad se hace de aplicación urgente. Ante ello, en concordancia con el Art. 400° del CPC, se precisa la determinación de un Precedente Judicial, es decir que se requiere de un pronunciamiento de los magistrados supremos civiles, reunidos en pleno, y que tal decisión vincula a los órganos jurisdiccionales de la república.

Por otro lado, para que la uniformidad de la jurisprudencia se ejecute, no sólo se tendrá que recurrir a los precedentes judiciales, sino también a la estimativa jurídica; es decir, a la teoría de la valoración jurídica de los ideales del derecho, los cuales determina las directrices que deben orientar al derecho, los criterios para su perfeccionamiento y para su reelaboración progresiva, esclareciendo cuáles son los supremos valores que debe ser plasmados en el derecho. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, pp. 56-57)

El Procurador Público Municipal de la M.P.H interpone recurso de casación por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del C.P.C., es decir la inaplicación de las normas del derecho sustancial e inobservancia de las normas legales.

2.2.11.5. La previsibilidad de los fallos judiciales, la uniformidad de la jurisprudencia

El art. 387° del CPC señala los requisitos de forma:

- a) El primero es sólo son recurribles las resoluciones que enumera.
- b) El segundo requisito, se refiere al término para interponerlo y al pago de la tasa respectiva, cuyo comprobante debe acompañarse.

2.2.11.6. Requisitos de admisibilidad

2.2.11.6.1. Resoluciones recurribles

No todas las resoluciones se pueden impugnar en casación. Sólo las que señala el art. 387° inc. 1° del CPC, esto es las sentencias y autos expedidas como órgano de segundo grado por las Cortes. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 61). Siguiendo al mismo autor, señala que las resoluciones recurribles a que se refiere el mencionado articulado, se divide en:

A. Las sentencias expedidas por las Cortes Superiores como órganos de segundo grado

Se puede tratar de una sentencia Superior expedida resolviendo la apelación interpuesta, que confirma la apelada que declaró fundada o infundada la demanda, o improcedente, p revoca la apelada para decidir de distintita manera. En cualquier caso, ponen fin al trámite de segunda instancia. Con su pronunciamiento se agotó la instancia, y se cumplió la garantía constitucional de la pluralidad de instancias. (pp. 61-62)

B. Autos que en remisión ponen fin al proceso

Los autos que, en revisión ponen fin al proceso, se pueden producir a lo largo de éste, desde el primer momento con el planteamiento de la demanda, cuando ésta no es admitida y se declare inadmisibile o improcedente; o los comprendidos en el Art. 321° CPC:

- a) Improcedencia de la demanda
- b) Por sustracción de materia
- c) Por disposición de una ley
- d) Por declaración de abandono
- e) Amparo de una excepción o defensa previa
- f) Declaración de caducidad del derecho
- g) Desistimiento
- h) Consolidación de derechos

Sin embargo, es importante recalcar que los autos que en revisión ponen fin al proceso, no es la materia o caso en estudio por lo que no se estudiará, empero es importante mencionarlo en esta parte del trabajo.

2.2.11.6.2. El plazo

El recurso de casación debe interponerse dentro de los diez días útiles siguientes a la notificación de la resolución impugnada (sentencia), lo que en la práctica significa más días calendario. (p. 67).

2.2.11.6.3. La tasa judicial

El valor de la tasa judicial que se debe pagar para interponer el recurso, se regula anualmente por la Comisión Ejecutiva, conjuntamente con la que corresponde a otras actividades judiciales, y se establecen escalas determinadas por la cuantía de la causa. Esta escala se modifica anualmente, generalmente con un aumento en los valores, que se justifica en su parte considerativa. (p. 69)

2.2.11.6.4. Legitimidad para recurrir en casación

Pueden recurrir en casación quienes han sido parte en la etapa del juicio correspondiente a la sentencia superior impugnada. Esto es los sujetos procesales y los terceros legitimados. (p. 72)

Ahora bien, la legitimidad para recurrir en casación no solo corresponde a los que sean partes en el proceso; sino también involucra a que dichos sujetos procesales tengan plena facultad.

2.2.11.7. Errores in procedendo

Los errores *in procedendo* conlleva a la posibilidad de una omisión, por lo que dichos vicios que atentan contra el debido proceso pueden presentarse en diversas etapas del proceso.

Se pueden clasificar tres grandes momentos de proceso, en los que se pueden presentar vicios:

- a) En la constitución de la relación procesal,
- b) En el desenvolvimiento de la relación procesal, y
- c) En la sentencia.

La constitución de la relación procesal comprende: el emplazamiento del demandado, la constitución propiamente de la relación procesal, la competencia del Juez, y la legitimidad de las partes. (p. 195).

2.2.11.7.1. El emplazamiento del demandado

Luego de ser recibido la demanda, el Juez la califica y después de admitirla dispone se dé traslado al demandado, quien debe ser notificado con ella, para que pueda contestar la demanda.

El defecto en la citación y emplazamiento al demandado ha sido, tradicionalmente, la mayor fuente de las nulidades en el proceso; el emplazamiento con la demanda es sin duda trascendental, pues de ello depende una serie de consecuencias jurídicas:

- a) Fija los términos de la demanda, los que sólo se pueden variar hasta determinada oportunidad;
- b) Propone la competencia del Juez y establece el sometimiento del demandante;
- c) Constituye en mora al obligado;
- d) Interrumpe la prescripción extintiva (art. 438); y
- e) Es la base del debido proceso, pues el demandado que no es emplazado, mal puede ejercer su derecho de defensa. (pp. 195-196)

En tal sentido, el código ha previsto la existencia de pequeños defectos o incumplimientos en las formalidades del acto de la notificación, de tal manera que no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías que las señaladas en la ley procesal. (Art. 437° CPC).

2.2.11.7.2. La constitución propiamente de la relación procesal

Si la demanda se ha planteado con defectos, el Juez al calificarla puede rechazarla “in limine”, señalando cuales son estos; si el Juez no lo hace porque no los advierte, el demandado puede deducirse las excepciones que correspondan al defecto y estas se resuelven antes de declarar el saneamiento del proceso; si el demandado no advirtió ningún defecto y no se excepciona, el Juez en la audiencia del saneamiento procesal, vuelve a examinar la relación procesal y puede declarar de oficio su invalidez, como lo autoriza el art. 465, en caso contrario expide resolución declarando el saneamiento, luego de lo cual precluye toda posibilidad de que las parte se refieran a la validez de la relación procesal (art. 466), a tal extremo que las excepciones que no se dedujeron

oportunamente, ya no se pueden hacer valer como artículos de nulidad, por prohibirlo expresamente el art. 455. (p. 197)

2.2.11.7.3. La competencia del Juez

La constitución de la relación procesal tiene que ver en primer lugar con el juez. El proceso debe ser conocido por el Juez natural, entendiendo por tal uno designado con anterioridad al proceso, que debe reunir una serie de requisitos, uno de los cuales es la competencia. (p. 197).

2.2.11.7.4. Legitimidad de las partes

En cuanto a las partes, son de aplicación los principios de la legitimidad para obrar, referida a aquellos que tienen capacidad para comparecer en un proceso, que es su vinculación con el objeto litigioso que le permite obtener un pronunciamiento jurisdiccional, y que en doctrina se denomina “legitimatío ad causam” o legitimación en la causa, que no debe ser confundida con el derecho material. (p. 198)

2.2.11.8. Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal

Según Sánchez-Palacios Paiva, los errores en el desenvolvimiento de la relación procesal se divide en:

2.2.11.8.1. Impugnación de vicios procesales

Posterior a la expedición del auto de saneamiento procesal, y en caso de que éste presente algún vicio, cualquier error que afecte al derecho a un debido proceso debe ser impugnado y en su caso apelado, pues el no ejercicio de los medios que franquea la ley procesal importa el consentimiento, y no se pueden denunciar en casación aquellos vicios que no fueron reclamados oportunamente. (p. 201)

2.2.11.8.2. Negación de la prueba

La negación de la prueba se advierte luego de la enumeración de los puntos controvertidos, en los que el Juzgador delimita lo extremos tanto de las pretensiones y como de las pruebas; en tal sentido, la negarse el ofrecimiento de pruebas, se estaría vulnerado el derecho a un debido proceso, razón por la cual pueden darse múltiples errores que sólo podrán ser examinados en casación, si la apelación se concede sin efecto suspensivo y en el carácter de diferida. (p. 202)

2.2.11.8.3. Prueba actuada sin citación contraria

Para la actuación de la prueba, se deberá de citar a las partes para la audiencia correspondiente, pues de esta manera el Juzgador evaluará y determinará su actuación, cumpliéndose así con la publicidad, la bilateralidad y la contradicción como principios de la actuación probatoria; sin embargo, al omitirse dicha citación judicial, se convertiría en vicio de nulidad, pues impide el ejercicio del derecho de contradicción y control. (pp. 202-203).

2.2.11.8.4. Apreciación de la prueba

Las instancias de mérito determinan la cuestión de hecho apreciando la prueba, lo que no es revisable en casación. Sin embargo, es frecuente que se recurra en casación utilizando ese argumento, por lo que en casación se declaró su improcedencia. (pp. 203-204)

Empero, existe ciertas situaciones en que pueden ser materia de casación:

A. La aplicación a los pactos privados de normas de apreciación probatoria determinadas en el Código Civil

En ciertos casos el Juzgador no es libre de aplicar su criterio está vinculado por unas directivas de método de interpretación fijadas por el legislador, cuya aplicación es materia casatoria, como por ejemplo los arts. 168, 169 y 179, 1361, 1398, 1400 y 1401 del Código Civil. En ese caso la materia casatoria no es la voluntad de las partes sino la aplicación de las reglas para su interpretación. (p. 204)

B. La aplicación de reglas de apreciación probatoria

Hay ciertos casos especiales, como por ejemplo el art. 245 del Código, que establece los criterios para determinar si un documento tiene fecha cierta. Lo que será motivo de casación será la aplicación de ese dispositivo procesal de apreciación probatoria. Del mismo modo, cualquiera de las otras reglas sobre actuación y apreciación probatoria contenidas en el CPC. (p. 204)

C. La calificación jurídica de un contrato

En el Casación 461-97 de fecha 03 de junio de 1998, en el Octavo motivo de los votos por minoría, se consignó el siguiente fundamento:

Que la aplicación del Derecho a los hechos, en el silogismo que contiene la sentencia, se denomina subsunción y se admite en doctrina que el error puede viciar a la premisa de derecho, a la premisa de hecho y a la *subsunción*, por lo que se llama error de derecho a la primera y tercera hipótesis, y error de hecho el que se refiere a la segunda, correspondiendo al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, controlar la calificación jurídica dada por los jueces de instancia a los hechos que previamente han constatado, apreciado y valorado, lo que no implica control fáctico de ningún género, sino que es un control de derecho que entra de llano en el oficio casatorio, y así, determinar si los hechos resultantes conforman una oferta de venta, si se trata de una simple plicitación, si se produjo consentimiento, si se formó el contrato, ya que la calificación jurídica, (subsunción) es siempre *quaestio iuris*; constituyendo tal calificación ejemplaridad para casos posteriores.

2.2.11.8.5. Citación para la sentencia

El Juez debe comunicar a las partes que el proceso queda expedito para sentencia (art. 211), lo que en el caso de los procesos de un conocimiento y abreviados otorga a los abogados un plazo de cinco días para presentar sus alegatos escritos. Esto también significa que el Juez puede expedir sentencia antes de vencido dicho plazo. (p. 206)

2.2.11.8.6. El fin en el proceso

El proceso está constituido por una serie de etapas encadenadas entre sí, de tal manera que una es antecedente y consecuente de otra, encaminadas en virtud de la dirección del juez y del impulso procesal de las partes a obtener una decisión jurisdiccional. Cada etapa es preclusiva, de tal manera que cerrada una para pasar a la siguiente, no se puede retroceder a la anterior. Cada etapa está regulada por reglas específicas. (p. 207)

2.2.12. La sentencia de lo contencioso administrativo y su ejecución

2.2.12.1. Lo contencioso administrativo y el cumplimiento de la decisión judicial final

El contencioso desde su generación como instrumento procesal para hacer frente a la administración en general y, en particular al estado, no ha estado exento de piedras que han buscado la obstaculización de su camino aquí como en cualquier parte del mundo donde su diseño responde a un control *jurídico*. (Huamán, 2010, p. 347)

El dilema no es, como antiguo, de lo que puede o no haber el juez de la LPCA cuando el juzgador expansiva su fuerza jurídica en un escenario caprichoso y poco dado a la defensa del administrado a través de un esquema procesal revisor (*proceso al acto*) o del proceso “a la francesa” sino, de lo que hacen aquellos que deben cumplir el fallo o de los actores sociales y políticos que expresa o tácitamente ingresan en tal encuentro, referencia achacable las más de las veces a los poderes políticos como el propio creador de la norma, el Parlamento y el Ejecutivo. (p. 48)

A la escala nacional, la judicatura se ha pronunciado sobre este problema en lo resuelto en el Expediente N° 968-2007 de la 3era. Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo a propósito de la dirimencia de competencia para cuestionar actuaciones de la Administración. Así:

“La materia Contencioso Administrativo en nuestro país se encuentra concentrada en Lima en mayor proporción, es así, que tanto los Juzgados (diez) y las Salas (tres permanentes y dos transitorias), conocen las causas de esta especialidad a nivel nacional, en atención a que mayormente los demandados son instituciones del Estado cuyos

domicilios principales se encuentran en esta ciudad, resultando inmanejable la atención oportuna de todos los procesos; lo cual hace que los Juzgados que mantienen individualmente hasta diez mil procesos en trámite busquen alternativas de solución ...” (Exp. 968-2007). (Citado por Huamán, 2010, p. 349)

2.2.12.2. La sentencia

Como acto procesal, la sentencia judicial supera el concepto eminentemente procesalista con el que se le conoce y se erige, en consecuencia en parte de la tutela judicial efectiva, derecho éste por demás fundamental y cuya presencia anuncia el contexto de un Estado Constitucional. Así como el acceso a la justicia, esto es el derecho del ciudadano para acudir libre de todo impedimento y obstáculo a los Tribunales para la composición de un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica, representa el ala más fuerte de la tutela efectiva en lo judicial, así, la otra ala es la eficacia del contenido en la sentencia.

Fallo jurisdiccional que no se hace efectivo, esto es que no alcanza su eficiencia con su cumplimiento, es cualquier cosa, muy a pesar de la coherencia de su argumentación jurídica, estilo u otro detalle. Podrá ser una bella exposición de motivos de la lógica de composición a lo más, pero no sentencia. En cuanto a lo contencioso administrativo a lo más, de nuestras expresiones es urgente, pues contra quien se erige el poder de cumplimiento es contra el Estado mismo, con el conjunto de Administraciones Públicas que, con diferentes alegaciones hechas en, también, diferentes idiomas pretenden ludir la decisión final.

No siendo propósito hacer un detalle del tipo de sentencias, más propio de un tema en esencia de la procesalística. (Huamán, 2010, pp. 350-351).

A. Las sentencias estimatorias

Toda sentencia estimatoria de corrido es aquella que resuelve el conflicto de intereses o da solución a la incertidumbre jurídica en un contenido favorable a lo que es pretendido. El que es hoy el artículo 41°, *ex* 38° de la LPCA recoge los supuestos generados a partir de un veredicto. Prescribe el actual artículo 41° que la sentencia que declara fundada podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado (Art. 41,1 de la LPCA).
2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesaria para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda (Art. 41,2 de la LPCA).
3. La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento (Art. 41,3 de la LPCA).

4. El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento (Art. 41,4 de la LPCA).

5. El monto de la indemnización por los daños y perjuicios (Art. 41,5 de la LPCA).
(pp.351-352)

El tipo de decisión contenida en la sentencia o veredicto final se muestra congruente en las pretensiones barajadas, pretensiones que como es lógico se agrupan en un esquema dual sujeto a las líneas 2 líneas medulares del proceso de lo contencioso administrativo: *el proceso revisor y el proceso de plenitud de jurisdicción*, procesos cuya representación es acorde con los puntos del artículo 41,1 de la LPCA para el caso del primero y de los artículos 41,2 al 41,5 de la LPCA cuando se trata de la plena jurisdicción. En la **sentencias estimatorias**, puédase apreciar, no sólo está en juego un mero tema de revisión de las cuestiones de la legalidad e ilegalidad del conjunto actuativo público, sino el de dotar de tutela judicial a las pretensiones de los administrados. Puede manejarse con toda propiedad que el juzgador del proceso de la justicia administrativa puede, y de seguro es así, expedir un veredicto que no se contente con las pretensiones del justiciable sino que vaya un poco más allá, acudiendo a la defensa del administrado en u fallo de calidad *ultra petita* (la decisión de la judicatura concede más allá de lo pedido) e inclusive *extra petita* (la decisión del juez se pronuncia respecto de una pretensión no demandada). (p. 352)

B. Sobre la especificidad del mandato judicial

El artículo 44° detalla del mandato judicial. Esto es la forma de determinación de los sujetos y de las condiciones en que se ha de hacer efectiva la decisión de la judicatura. Fiorini ya ha estimado que la función judicial crea el acto jurídico estatal denominado sentencia. Si esto es así, el proceso judicial manifiesta siempre la presencia de órganos independientes que no tienen subordinación con las partes que actúan en el litigio y menos con otro poder estatal. Será por esto que el órgano independiente ante una contienda exhibe la esencia del proceso judicial, que no puede identificarse con legislación y menos con administración, funciones diametralmente diferentes. Por tanto, en la sentencia del Expediente N° 3149-2004-AC/TC, la Curia Constitucional ha procedido a expresar que el poder de ejecutar las sentencias cuadra dentro del fundamento de la concreción del modelo de Estado Social y democrático de derecho, estadio que requiere de una colaboración permanente entre todos los poderes públicos y, que podamos encontrar además de en diversas normas de la LPCA, en aquella referida a la especificidad del mandato judicial. (p. 357).

Del desarrollo doctrinario, aparte de compartir, cabe acotar que la casación, tiene por objeto descalificar las erróneas corrientes de interpretación de la ley por parte de los jueces de instancias inferiores, de tal forma que impida que los criterios erróneos al ser difundidos puedan crear confusión a nivel de los demás tribunales al interpretar una ley; con lo que se evita que la jurisprudencia futura se contamine con criterios jurídicos erráticos. El Recurso de Casación, tiene la finalidad de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para

asegurar el respeto a los derechos individuales, las garantías de igualdad ante la ley y la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio. Examinando en única o en última instancia si el juez de fondo no violó y observó correctamente la aplicación de la ley. La Corte de Casación tiene la obligación de resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de ésta, sometiendo en definitiva su interpretación al más alto tribunal de Justicia.

2.2.13. Sentencia casatoria

2.2.13.1. 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)

2.2.13.2. Estructura de la sentencia

2.2.13.2.1. 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 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).

2.2.13.2.2. 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).

2.2.13.2.3. 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)

2.2.13.2.4. 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 que revela desconocimiento de la labor de los vocales superiores. (pp. 117-118).

2.2.13.2.5. 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 es el canal de la legitimación de la decisión. (pp. 119-120)

2.2.13.2.6. 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)

2.2.14. 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)

2.2.14.1. 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. Pondrá ser 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)

2.2.14.2. 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 transmitir 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)

2.2.14.3. 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. (pp. 134-135).

2.3. 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 ordenadas según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente. (Poder Judicial, 2015).

Distrito Judicial. Un distrito judicial es la subdivisión territorial del Perú para efectos de la organización del Poder judicial. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia. Este país cuenta con 33 distritos judiciales.

Norma jurídica. Rubio Correa (1994).- Es aquella regla de conducta dictada en un tiempo y lugar determinado y que con vocación de plasmar fines y valores de naturaleza jurídica, señala la obligación de hacer o no hacer algo u otorgar la facultad de decidir sobre ella.

Normas Constitucionales. La norma constitucional es la regla o precepto de carácter fundamental, establecida por el Poder constituyente y de competencia suprema. Las normas constitucionales son: a) **Imperativas:** llamadas también operativas, su aplicación funcionan inmediata y directamente. Referido a los derecho individuales. Nos definen el orden político jurídico del Estado; b) **Programáticas:** referidas a funciones o actividades que debe desarrollar el gobierno para el cumplimiento de sus fines. Expresan la ideología que inspira la constitución; c) **Teleológicas:** Nos definen el deber ser del Estado, precisa el modelo social adoptado, fundamentan la fórmula política.

Técnicas de Interpretación. La interpretación jurídica (o del Derecho) es una actividad

que consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios. En consecuencia, hablar de interpretación del derecho es igual a referirse a una actividad que comprende a todas las normas jurídicas, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo. De ahí que la interpretación de la ley sea una especie de interpretación jurídica.

Interpretación jurídica: Rubio Correa (1984). Define a la interpretación jurídica diciendo: La teoría de la interpretación jurídica, es la parte de la teoría general del derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.

2.4. Sistema de hipótesis

Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente pese a la no existencia de incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote. 2017; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

2.5. Variables.

2.5.1. Variable Independiente: Incompatibilidad Normativa.

2.5.2. Variable Dependiente: Técnicas de Interpretación.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de investigación

3.1.1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta)

Cuantitativa: Es cuantitativo en el sentido que la incompatibilidad normativa como variable independiente no utilizó la exclusión en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad de la norma, sin embargo para someterse a la ponderación y calificación se le consignó un valor numérico reflejado en los cuadros de resultados; una vez identificadas permitió la identificación de las técnicas de interpretación. Asimismo, las técnicas de interpretación como variable dependiente pudo ser ponderada y calificada con un valor numérico, basadas en sus respectivas dimensiones: interpretación, integración, y argumentación.

Cualitativa: Es cualitativo en el sentido que el investigador utilizó las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), pudiendo evaluar la incompatibilidad normativa empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenció manipulación alguna de las variables en estudio.

Por lo ambos tipos de investigación proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso generar otras. (Hernández, Fernández & Batista, 2014, p. 4)

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

Exploratorio: Es exploratorio porque la formulación del objetivo, evidenció que el propósito fue examinar una variable poco estudiada (incompatibilidad normativa y técnicas de interpretación), porque hasta el momento de la planificación de investigación se ha encontrado estudios relativamente conocidos, por lo cual el investigador pudo efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo), aunado de limitaciones en cuanto a la revisión de investigaciones similares.

Por ello, se orientó a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuyó a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2014).

Hermenéutico: Es hermenéutico porque interpretó y explicó el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar las incompatibilidades normativas y determinar qué tipo de técnica de interpretación se aplicó para dar solución a la misma.

3.2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico

El **método hermenéutico dialéctico** se basó en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad analizar y explicar y de qué manera se aplicaron las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa proveniente de las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú.

3.3. El Universo, Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estuvo constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° **00178-2011-0-0201-SP-CI-01** perteneciente al **Distrito Judicial de Ancash - Chimbote**, 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	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
X₁: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.	Validez formal	Antinomias	TÉCNICAS:
				Validez material		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	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 Del latín <i>interprepari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO :
				Sujetos	Juicio de ponderación	
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	Lista de cotejo
				Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	

			<p>INTEGRACIÓN</p> <p>Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.</p>	<p>Principios generales</p>	<p>Según su Función:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Creativa • Interpretativa • Integradora 	
				<p>Lagunas de ley</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflictiva ▪ Axiológica 	
				<p>Argumentos de interpretación jurídica</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento ab maioris ad minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario 	
			<p>ARGUMENTACIÓN</p> <p>Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.</p>	<p>Componentes</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	
				<p>Sujeto a</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	
				<p>Argumentos interpretativos</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	

3.5. Técnicas e instrumentos

Para el recojo de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (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 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. Plan de análisis

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

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

Fue una actividad que consistió 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 concretó, el contacto inicial con la recolección de datos.

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

También, fue una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitó la identificación e interpretación de los datos. Aplicándose las técnicas de la observación y el análisis de contenido, donde los hallazgos fueron 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.

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

Fue 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, fue una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estando compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituyeron en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se logran evidenciar como Anexo para el Informe de Tesis.

3.7. Diseño de la matriz de investigación

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH – CHIMBOTE. 2017	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote, 2017?	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote 2017</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, medios, y argumentos de interpretación jurídica. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto a; y, a argumentos interpretativos. 	<p>X1:</p> <p>INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA</p>	<p>Independiente</p>	<p>Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.</p>	<p>EXCLUSIÓN</p>	<p>Validez formal</p>	<p>Antinomia</p>	<p>TÉCNICAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> Técnica de observación Análisis de contenidos 	
							<p>Validez material</p>			
						<p>COLISIÓN</p>	<p>Control difuso</p>	<p>Principio de proporcionalidad</p>		<p>INSTRUMENTO</p> <p>:</p>
								<p>Juicio de ponderación</p>		<p>Lista de cotejo</p>
									<p>Población-Muestra</p>	

									Población: Expediente judicial consignado con el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 perteneciente al Distrito Judicial de Ancash - Huaraz, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra , tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.
		<p>HIPÓTESIS:</p> <p>Las Técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 perteneciente al Distrito Judicial de Ancash - Chimbote 2017; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.</p>	<p>Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</p>	<p>Dependiente</p>	<p>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.</p>	<p>INTERPRETACIÓN</p>	<p>Sujetos</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 		
								<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	
								<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	
						<p>INTEGRACIÓN</p>	<p>Principios generales</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	

							Laguna de ley <ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica 	
							Argumentos de interpretación jurídica <ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento a b maioris a d minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario 	
						ARGUMENTACIÓN	Componentes <ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	
							Sujeto a <ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	
							Argumentos interpretativos <ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	

3.8. Principios éticos

3.8.1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estuvo sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asumió 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). Suscribiendo una Declaración de Compromiso Ético, que se logra evidenciar como Anexo 3 para el Informe de Tesis.

3.8.2. 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 insertó el objeto de estudio: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa proveniente de la sentencia de la Corte Suprema, que se evidencia como Anexo N° 4 en el presente informe de tesis.

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, fue realizado por la Docente en Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis (ULADECH Católica – Sede central: Chimbote - Perú).

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00178 - 2011-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote. 2017.

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0]	[1,5]	[2,5]	[0]	[1-15]	[16-25]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CASACIÓN N°892-2013 ANCASH	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. (Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) No cumple</p> <p>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) No cumple</p>		X				
		Validez material	<p>Habiéndose verificado que a la fecha en que la demandante fue encargada en un puesto considerado de confianza, ya ostentaba derecho de permanencia laboral por haber realizado labores de naturaleza permanente que tenían más de un año ininterrumpido de servicios bajo contratos de locación de servicios y contratos determinados regulados por el Decreto Legislativo N°276 que ocultaba la relación laboral que existía entre la demandante y la Municipalidad demandada, se tiene que dicha encargatura de confianza no nova la previa condición laboral obtenida por la demandante, correspondiéndole en ese sentido, ser reconocida como trabajadora contratada permanente bajo el amparo de la Ley N° 24041, no significando ello un reconocimiento como servidor público de carrera.</p> <p>Lima, uno de julio de dos mil catorce.-</p> <p>LA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.-</p> <p>VISTA; Con los acompañados; la causa número ochocientos noventa y dos guión dos mil trece, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; se emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO Se trata del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, M.P.H. mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante de fojas 288 a 289, contra la sentencia de vista de fecha veintiséis de</p>		<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma. (Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) SI cumple</p> <p>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) No cumple</p> <p>3. Determina la identificación de causales sustantivas para la selección de normas. (Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implícitas) No cumple</p> <p>4. Determina la identificación de causales adjetivas para la selección de normas. (Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) No cumple</p>			X		

		<p>setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, obrante de fojas 208 a 218, que declara infundada la demanda, y reformándola la declara Fundada, nula la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-H/A de fecha quince de febrero de dos mil once, ordenando la reposición laboral de la demandante en la plaza orgánica N° 51- Abogado de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, en la que venía laborando hasta el once de mayo de dos mil diez o en otra de similar nivel; en lo seguidos por M.R.del P.U.G., sobre impugnación de Resolución Administrativa.</p>							
		<p>CAUSAL DE RECURSO</p> <p>Mediante resolución de fecha veintiuno de agosto de dos mil trece, obrante de fojas 28 a 31 del cuaderno de casación, esta Sala Suprema ha declarado procedente en forma extraordinaria el recurso por las causales de infracción normativa del artículo 2° de la Ley N° 24041 y de los incisos 3) y b) del artículo 139 de la Constitución Política de Estado.</p>							
		<p>CONSIDERANDO:</p> <p>Primero.- Que, habiéndose declarado procedentes, tanto denuncias sustentadas en <i>vitio in procedendo</i> como en <i>vitio in iudicando</i>, corresponde <i>prima facie</i> efectuar el análisis del error procesal o <i>vitio in procedendo</i>, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto del denunciado error material, referido al derecho controvertido en la presente causa.</p> <p>Respecto a la causal de infracción normativa del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado.</p>	<p>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple</p> <p>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.<i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))</i>No cumple</p> <p>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.<i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)</i> No cumple</p> <p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.<i>(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)</i>No cumple</p>	X	X	X	X		
		<p>Segundo.- Que, el debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el inciso 3) del artículo 1390 de la Constitución Política del Estado, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa ,de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada.</p>							

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00178 - 201-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote. 2017

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 1, revela que la **incompatibilidad normativa** no se presentó en la Sentencia de la Corte Suprema. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados no emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos, no se verificó la constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas, en tal sentido en la validez formal las dos sub dimensiones no cumplen para el parámetro exclusión, obteniendo un puntaje de 0; respecto de la validez material los tres primeros parámetros no se cumplen, y un parámetro si cumple, obteniendo un puntaje de 2.5. Con referencia a la colisión los cuatro parámetros no se cumplen obteniendo un puntaje de 0. El control Difuso no se aplica para el caso en estudio, por consiguiente se obtiene un puntaje de 0.

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00178 - 2011-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote. 2017

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Remisión inexistente	Inadecuada	Adecuada	Remisión inexistente	Inadecuada	Adecuada
					[0]	[2,5]	[5]	[0]	[1.37.5]	[38-75]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	Tercero.- Que, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente en las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política de Estado garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso mental que los ha llevado a deducir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución ya ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) Si cumple	X			X		
		Resultados	Cuarto.- Que, el análisis de la infracción normativa denunciada, tiene por finalidad examinar si la Sala Superior ha emitido la recurrida con observancia de las reglas del debido proceso; al respecto, se advierte que la sentencia de vista ha sido debidamente motivada, al haber expuesto los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión, asimismo, no se advierte afectación a las garantías del debido proceso, habiéndose desarrollado el proceso con observancia de las normas procesales aplicables al caso; en tal sentido, no se advierte que se haya contravenido el principio fundamental del Debido Proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales que encuentran su desarrollo en los incisos 3) y 5) del artículo 139° Constitución Política del Estado, por lo que, esta causal debe ser desestimada.	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa) No cumple						
		Medios	Respecto a la causal de infracción normativa del artículo 2 de la Ley N° 24041 Quinto.- Que, de la demanda interpuesta con fecha ocho de marzo de dos mil once, se advierte que el objeto de la pretensión está referido a que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, así como su reposición en la plaza orgánica N° 51- Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, en la que laboró hasta el once de mayo de dos mil diez, cuando fue designada jefa del área de personal de la entidad empleada. Sexto.- Que, la Ley N° 24041, que tiene por objeto proteger del despido arbitrario, a los servidores públicos que fueron contratados para realizar labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, establece en su artículo 2° los supuestos de exclusión de los beneficios de la mencionada Ley, enumerándolos en los siguientes: "1. Trabajos para obra determinada; 2. Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada; 3. LaboresEventuales o accidentales de corta duración. Y finalmente, 4. FuncionesPolíticas o de confianza."	1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso.(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) Si cumple 2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tato sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica) Si cumple						
Integración	Analogías	Sétimo.- Que, de la revisión de la sentencia de vista recurrida de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante a fojas 274, se advierte que en la misma el Colegiado Superior ha considerado que la demandante ha laborado en forma continua desde el uno de enero de dos mil siete hasta el tres de enero de dos mil once, refiriendo que no existió una relación laboral de confianza entre ella y la empleada,	1 Determina la existencia de la analogía en la sentencia, emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) No cumple.	X						

	<p>Sujeto a</p> <p>Décimo.- Que, bajo lo descrito en los considerandos precedentes se desprende que la demandante laboró en forma ininterrumpida en tres tramos: 1) Desde el uno de febrero de dos mil seis -fecha en la que era Responsable de la Oficina de DEMUNA, conforme se tiene de fojas 18-, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil siete -fecha en que la demandante tenía el cargo de especialista en personal-, ambos cargos bajo contratos de locación de servicios, que sumados dan un total de un año y diez meses. 2) Desde el uno de enero de dos mil ocho -fecha en la que la demandante era especialista en personal conforme se tiene de fojas 34-, hasta el diez de mayo de dos mil diez -fecha en la que la demandante ya era Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural-, ambos bajo Resoluciones de Alcaldía regulados por el Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972, computando dos años, cuatro meses y nueve días; y, 3) Desde el once de mayo de dos mil diez, hasta el tres de enero de dos mil once, como Jefa del Área de Personal, cargo considerado de confianza por el Cuadro para Asignación de Personal- 2009, computando bajo este régimen siete meses y 22 días.</p> <p>Décimo primero.- Que en dicho orden de ideas, y dada la naturaleza de los 2 primeros tramos, que se refieren a labores de naturaleza permanente, se tiene que la suma de ambos da un primer periodo total de cuatro años, dos meses y nueve días ininterrumpidos, -bajo las modalidades de servicios no personales, el Régimen Decreto Legislativo N° 276, Y la Ley N° 27972-, los mismos que no son incompatibles, dado que no se encuentran dentro de las causales de exclusión del artículo 2° de la Ley N° 24041; Y un segundo periodo como personal de confianza por siete meses y veintidós días. Verificándose con ello que a la fecha en que la demandante fue encargada en el cargo de confianza -esto es el once de mayo de dos mil diez-, ella ya ostentaba derecho de permanencia laboral por haber permanecido por más de un año ininterrumpido realizando labores de naturaleza permanente, con actos que ocultaban la relación laboral que existía entre la demandante y la Municipalidad demandada, ello en atención al principio de "Primacía de la Realidad", que establece que "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos:". A ello corresponde agregar, que la encargatura como personal de confianza durante su último tramo laboral, conforme se pretendió mediante Resolución de Alcaldía N° 2367-2010-MPHI/A de fecha diez de mayo de dos mil diez obrante a 40, no nova la condición laboral obtenida por la demandante durante su previa relación contractual con la entidad demandada, ya que en aplicación del ya mencionado "Principio de la Primacía de la Realidad", la demandante ya venía desarrollando labores de carácter permanente, correspondiendo por ello ser reincorporada en la plaza en la que laboró hasta antes de ser designada como Jefa del Área de Personal esto es, en la plaza de Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural o en otro de similar nivel; reconocimiento que no significa que</p>	<p>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional relacionada al proceso contencioso. (a) acción positiva; b) P. de coherencia normativa; c) P. de concordancia práctica con la Constitución; d) P. de congruencia de las sentencias; e) P. de conservación de la ley; f) P. de corrección funcional; g) P. de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) P. de defensa; i) P. de dignidad de la persona humana; j) P. de eficacia integradora de la Constitución; k) P. de fuerza normativa de la Constitución; l) P. de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) P. de legislar por la naturaleza de las cosas; n) P. de no legislar por la diferencia de la persona; o) P. de la prohibición de la regla solve et repete; p) P. de razonabilidad y proporcionalidad; q) P. de publicidad de las normas; r) P. de unidad de la Constitución; s) P. de indubio pro legislatore; t) P. prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) Si cumple</p> <p>2. Determina la clase de argumento empleado por el Magistrado en su pronunciamiento sobre la sentencia de la Corte Suprema.(a. A. circular; b. A. ad verecundiam o argumento de autoridad; c. A. irrelevante; d. A. analógico; e. A. por el nexa causal; f. A. pragmático; g. A. mediante ejemplos) Si cumple</p>		X				
	<p>Argumentos interpretativos</p> <p>tenga la condición de servidor público de carrera, máxime cuando dicho pedido no es materia de la demanda. Razones por las cuales no corresponde amparar el recurso de casación.</p> <p>DECISIÓN:</p> <p>Por estas consideraciones, y con lo expuesto en el Dictamen emitido por la señora Fiscal Suprema en lo Contencioso Administrativo, declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la M. P.H., de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante de fojas 288 a 289; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282; sin costas ni costos; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por M.R. del P.U.G., sobre Impugnación de Resolución Administrativa; y, los devolvieron.- Interviendome como ponente el señor Juez Supremo Chaves Zapater.- S.S.</p> <p>RODRÍGUEZ MENDOZA CHUMPITAZ RIVERA TORRES VEGA MACRAE THAYS CHAVES ZAPATER</p>	<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios Si cumple</p>		X				

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema en el Expediente N° 00178 - 2011, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote.2017.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación, integración y la argumentación de las normas; obteniendo un resultado de 15 y 27.5 respectivamente, haciendo un total de 42.5 puntos, determinándose la variable de manera adecuada.

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00178 - 2011-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote. 2017

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables								
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Remisión Inexistente	Inadecuada	Adecuada			
			(0)	(1,5)	(2,5)		[0-5]	[1-15]	[16-25]	[0]	[1-37.5]	[38-75]			
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	2			2.5	[10-15]	Siempre		2.5					
		Validez Material	3		1		[1-9]	A veces							
	COLISIÓN	Control difuso	4			0	[0]	Nunca							
							[7-10]	Siempre							
							[1-6]	A veces							
Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		(0)	(2,5)	(5)	15			15					42.5	
		Sujeto a			1		[11-20]	Adecuada							
		Resultados	1				[1-10]	Inadecuada							
		Medios			2		[0]	Remisión Inexistente							
	INTEGRACIÓN	Analogías	1			0	[11-20]	Adecuada							
		Principios generales	1				[1-10]	Inadecuada							
		Laguna de ley	1				[0]	Remisión Inexistente							
		Argumentos de integración jurídica	1												
	ARGUMENTACIÓN	Componentes	1	1	3	27.5	[18-35]	Adecuada							27.5
		Sujeto a			1		[1-17.5]	Inadecuada							
		Argumentos interpretativos			1		[0]	Remisión Inexistente							

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el Expediente N° 00178 - 2011-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash-Chimbote.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 3, revela que las variable en estudio: **incompatibilidad normativa no se evidenció en nuestro caso en estudio;** las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera adecuada por parte de los magistrados ante una infracción normativa, toda vez que, se desprende de la sentencia casatoria, que los magistrados de la Corte Suprema han tenido prevalencia el derecho que regula la protección del derecho fundamental, que es el derecho al trabajo y su continuidad permanente.

4.2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación, pese a la no existencia de incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00178 - 2011-0-0201-SP-CI-01, perteneciente al Distrito Judicial de Ancash-Chimbote, fue **adecuada**, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

Respecto a la variable: incompatibilidad normativa. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados si emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos jurídicos, resultando ser:

Exclusión

Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. *(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)*

No cumple, pues en la sentencia suprema - Casación N° 892-2013-Ancash – considerando segundo, tercero y cuarto, no se evidencia la selección de normas a nivel constitucional, en tal sentido los magistrados debieron de seleccionar los Artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Estado que reconocen al trabajador, el derecho a la protección y fomento del empleo, así como la adecuada protección contra el despido arbitrario, toda vez que según el caso en estudio es el derecho fundamental que se ha vulnerado, al no reconocer la continuidad laboral por estar comprendido bajo los alcances de la Ley N° 24041.

Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)*

No cumple, porque no se evidenció la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa, debiendo indicarse el artículo 51° de la Constitución Política del Estado que se encuentra relacionado a la “Jerarquía de normas”: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma.*

En base a lo precisado, los magistrados debieron de ordenar las normas seleccionadas en la Sentencia, emitida por la Suprema Sala, estableciendo la estructura jerárquica de la norma, debiendo ser de la siguiente manera: Artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Estado que reconocen al trabajador, el derecho a la protección y fomento del empleo, así como la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma. *(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)*

Si cumple, resulta que del análisis de los fundamentos de la sentencia emitida por la Sala Suprema, se evidencia la selección de las normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma; es decir que cuando se refiere a la validez material de una norma, se trata de la verificación de su constitucionalidad y legalidad (especialidad de la norma jurídica).

Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. *(Es decir, tomando en*

cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)

No cumple, porque no se evidencia fundamentos que definan o argumenten la finalidad y necesidad de las normas constitucionales y legales en el caso; es importante indicar que si bien es cierto que se tomó en cuenta los hechos indicados por las partes, empero no se detalló la finalidad de la normatividad seleccionada, siendo esto último relevante para el mejor entendimiento y esclarecimiento del conflicto jurídico. En consecuencia, se debió de fundamentar la norma constitucional respecto al derecho fundamental de protección al despido arbitrario, ello a la estabilidad laboral relativa.

Determina la identificación de causales sustantivas para la selección de normas.
(Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes)

No cumple, porque si bien es cierto que en el **considerando primero** el Magistrado trató de conceptualizar la infracción normativa que el impugnante hacía alusión a su pretensión – Infracción normativa del artículo 2 de la Ley N° 24041, sin embargo no hace mención a la finalidad y/o fundamento de la causal sustantiva: la aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo, sino más señala funda como causal una de las causales establecidas en el artículo 386 del Código Procesal Civil.

Determina la identificación de causales adjetivas para la selección de normas.
(Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)

No cumple, porque no se evidencia causales adjetivas sino sustantivas tal como se ha señalado en el indicador precedente. En base a lo sostenido por el autor Sánchez Paiva-Palacios (2009), las causales adjetivas se encuentran comprendidas en los Arts. 388 inciso 4° y 396 del Código Procesal Civil, que considera como motivo de casación la infracción de una norma procesal que, a su vez es objeto de la decisión impugnada. Asimismo, toda infracción a una norma de naturaleza procesal, constituye un *error in procedendo* y/o iudicando—constituye prima facie efectuar el análisis del error procesal o vicio in procedendo.

Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.

No cumple, toda vez que en la Casación, materia de estudio, no se ha presentado colisión normativa, la misma que suscita cuando dos normas jurídicas tuvieren contenido incompatible entre sí y para resolver las colisiones entre normas, acorde al principio de coherencia del ordenamiento jurídico, se recurre a una serie de criterios que establecen que norma prevalece y que norma se ve derogado, en tal sentido se tiene que tener en cuenta la jerarquía normativa que supone la existencia de normas de distinto rango, de manera que aquella que esté en un peldaño superior de la escala, destruye a la norma inferior; temporalidad: en el supuesto de que dos normas de igual rango sufran una colisión normativa, la norma posterior en el tiempo deroga a la norma anterior; y especialidad: en el caso de que existan dos normas de igual rango sufriendo una colisión, aquella norma que busque la regulación más específica de la materia prevalece sobre la norma más general.

Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. *(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)).*

NO cumple, siendo que el principio de proporcionalidad como técnica de interpretación constitucional supone una actividad nomofiláctica de optimización constante por parte del intérprete jurisdiccional, con el propósito de que el juicio de valor comprenda tanto el ámbito de las posibilidades fácticas como el de las jurídicas; de modo que el constructo jurídico interpretativo constituya una respuesta de coherencia jurídica en abstracto y, de justicia material, en concreto, no ha sido evidenciado en el caso.

Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. *(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado.*

No cumple, en tanto el magistrado cuando busque solucionar un caso, a través del principio de proporcionalidad, el intérprete debe conocer cada uno de los sub principios o test que comprende, identificando la naturaleza de cada uno; de modo que, en primer lugar, se debe dar respuesta a una real o aparente colisión o tensión entre dos o más principios, en el orden práctico o casuístico, pues es en dicho ámbito donde se advierte tal alteración, mas no en el ámbito abstracto que supone una relación de plena coherencia y armonía.

Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. *(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)*

No cumple, por cuanto en la casación, materia de análisis, no se evidencia el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Técnicas de Interpretación

Respecto a la variable: técnicas de interpretación. Revela que la variable en estudio fue empleada **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados emplearon las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación.

Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (*Auténtica, doctrinal y judicial*).

Sí cumple, se evidenció los tres tipos de interpretación en base a sujetos: auténtica, doctrinal y judicial. En el caso en estudio, se evidenció la *interpretación auténtica impropia*, que según Gaceta Jurídica (2004) es “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”, esto es lo que establece la norma, por ende los magistrados emplearon este tipo de interpretación al reconocer lo señalado en el Art. 1° de la Ley N° 24041.

La *interpretación doctrinal* comprende el análisis de la norma aplicada en base no sólo a lo descrito en la ley, sino teniendo a juristas o jurisprudencias de acuerdo al caso, siendo los fundamentos de la Sala Suprema corresponde exclusivamente

a los hechos descritos en la demanda, y sentencias vinculantes que se vislumbran en en los considerandos sétimo, octavo, noveno, décimo de la Casación estudiada. En la *interpretación judicial*, corresponde el análisis de la norma aplicada en base al criterio del magistrado, que debe enmendar o corregir los errores o vicios efectuados por los magistrados anteriores; siendo que en el caso en estudio, y luego de la apreciación y valoración de fundamentos jurisprudenciales relacionados al caso, su análisis y conclusión fue que se corroboró la sentencia de la Sala Civil, reconociendo que un primer periodo total de cuatro años, dos meses y nueve días de servicios ininterrumpidos, bajo las modalidades de servicios no personales, el régimen D.Leg. N° 276 y la Ley N° 27972, los mismos que no son compatibles, por lo que corresponde reconocer el derecho de reincorporar a su centro de trabajo.

Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (*Restrictiva, extensiva, declarativa*)

No cumple, en el sentido que del análisis y de la fundamentación empleada por los magistrados no se evidenció ni se empleó este tipo de interpretación en base a resultados: restrictiva, extensiva y declarativa. Esto es porque la restrictiva “aparece por la necesidad de limitar el amplio tenor legal” (Gaceta Jurídica, 2004), situación que no se presenta en la sentencia suprema; por otro lado, la interpretación extensiva “abriría el camino para llenar los vacíos de legislación”, situación que tampoco se evidenció, y por último, la interpretación declarativa “en sentido lato es cuando se interpreta a la palabra en toda la amplitud de su posible significado, mientras que la interpretación declarativa en sentido estricto, se restringe el significado de la palabra a uno de los varios significados que en sí misma puede contener” (Torres,

2006).

Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas correspondientes que garantizan el proceso.*(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)*

Sí cumple, en el sentido que se evidencia la utilización del método de interpretación “ratio legis” que comprende en interpretar el sentido de las normas jurídicas empleadas, y que las mismas se relacionan a la pretensión de la demandante y hechos señalados por el impugnante. En consecuencia, los magistrados fundamentaron su decisión conforme a lo que establece la Ley N° 24041.

Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en todo sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.*(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)*

Sí cumple, en el sentido que se evidencia una interpretación sistemática la cual “consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer”.

Integración jurídica

Determina la existencia de la analogía en la sentencia, emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley).

No cumple, toda vez que no se presentó ningún vacío o laguna de la ley, por lo que no se puede determinar la analogía en aplicar la sentencia casatoria, por lo que en el presente caso sólo se evidenció una infracción normativa a la Ley N° 24041

Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema.(*Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley*)

No cumple, en el sentido que no se presentó ningún vacío o laguna de ley por lo que no se puede determinar ningún principio general del derecho en aplicar en la sentencia casatoria, por lo que en el presente caso sólo se evidenció infracción normativa a la ley N° 24041.

Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (*Antimonias*).

No cumple, debido a que no se presentó ningún conflicto normativo en la sentencia de primera instancia, motivo por el cual no se puede determinar la existencia de ningún conflicto normativo en la sentencia casatoria.

Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.

No cumple, como bien se ha señalado, en el caso en estudio se evidenció una infracción normativa a la ley N° 24041, vulnerándose así el derecho fundamental a la permanencia laboral por haber laborado por más de un año ininterrumpido realizando labores de naturaleza permanente, por lo que no hubo la necesidad de crear normas para integrarlas en la sentencia suprema.

Argumentación jurídica

Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (*Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial*)

No cumple, en el sentido que no se evidenció la descripción del error *in iudicando* el cual comprende la existencia de vicios en el razonamiento judicial o vicios del juicio del tribunal (de la Sala Suprema) o infracción en el fondo, configuran irregularidades o defectos o errores en el juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta el magistrado, esto se presenta tanto en los hechos como en el derecho (UNMSM, s.f.). Siendo que el presente caso, materia de estudio, se presentó el error iudicando por haberse presentado una infracción normativa de la Ley 24041.

Determina los componentes de la argumentación jurídica. (*Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión*)

Sí cumple, sin embargo debió de presentarse en forma explícita, es decir, en forma detallada. Los componentes de la argumentación jurídica son aquellos que permiten fundamentar el planteamiento de una tesis, el cual se divide en: premisas (mayor y menor), inferencias, y conclusiones. En el caso en estudio, se evidenció de la existencia de estos componentes, sin embargo ellos no se encuentran desarrollados de forma ordenada, por tal motivo al no estar explícito dificulta la entender el tipo de argumentación jurídica empleados por los magistrados

Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (*Premisa mayor y premisa menor*)

Sí cumple, en el considerando segundo se evidencia la premisa mayor y en los siguientes considerandos la premisa menor, evidenciándose la secuencia de los hechos descritos por las partes, es decir la premisa mayor: respecto de la causal de infracción normativa del artículo 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y del artículo 2 de la Ley N° 24041. La premisa menor: La solicitud de que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, así como su reposición en la plaza orgánica N° 51 - Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural.

Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.(*Encascada, en paralelo y dual*)

Sí cumple, las inferencias son aquellas premisas que son fundamentadas por los

magistrados, y que la consecuencia jurídica de ello (fallo) determina el tipo de inferencia. En este caso se evidenció la existencia de Inferencias en paralelo.

Estableciéndose la secuencia ordenada de la descripción del problema (premisa mayor: definición normativa) y los hechos en que se fundamenta a las partes (premisa menor: hecho real); resultando el contenido de la sentencia de fácil entendimiento.

Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.(*Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria*)

Sí cumple, en base a lo sostenido, la conclusión final que emite la Sala Suprema fue: *1) Declararon infundada el recurso de casación, interpuesto por la M.P.H en consecuencia no casaron la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce. Sin costos ni costas.*

Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional relacionada al proceso contencioso administrativo. (*a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de ley orgánica; s) Principio de unidad de la Constitución; t) Principio de indubio pro legislatore; u) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)*

Sí cumple, en el sentido que se evidencia en el considerando quinto se menciona que el presente caso vulnera el derecho a la permanencia laboral de carácter permanente afectando el principio de la primacía de la realidad, y entre otros, sino hay la existencia de principios de interpretación constitucional como el Principio de Coherencia Normativa (normas que sean coherentes y armónicas entre sí), Principio de Concordancia Práctica con la Constitución (coordina el contenido del derecho constitucional y legal para incorporar en su interpretación), Principio de Eficacia Integradora de la Constitución (busca la coherencia interpretativa), Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución (relacionada a la regla de supremacía de la Constitución), Principio de Jerarquía de las Normas (pluralidad de principios que establece el orden normativo), Principios de razonabilidad y proporcionalidad (relacionada a la ponderación de derechos). (Rubio Correa, 2015)

Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (*Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios*).

Sí cumple, de los argumentos y razones de los magistrados en que fundamentan su decisión se infiere que el tipo de argumento como técnica de interpretación utilizado fue el **Argumento de autoridad** que consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica, sin embargo no se evidenció revisión de doctrina para sus propios argumentos de los magistrados; y el **Argumento a partir de principios**,

que en base a la función interpretativa, los magistrados aplican reglas como la utilización de principios de la universalidad, solidaridad y progresividad entre otros que regulan los derechos a la reposición en el puesto que venía laborando en su centro de trabajo.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01, del Distrito Judicial de Ancash –Chimbote. 2017, se evidenció acorde al (Cuadro Consolidados N° 3).

Sobre la incompatibilidad normativa:

1. No se evidenció en la sentencia objeto de estudio, conflicto normativo por la que desencadenará en apartarse una norma de otra u otras al no haberse transgredido en sí la propia validez tanto formal como material que encierra una norma jurídica.
2. No fue necesario el empleo del control difuso ante la no existencia de colisión de normas o ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales, por la que inaplicaran los magistrados la ley incompatible con la Constitución para el caso concreto según el artículo 138° de la Constitución.

Sobre a las técnicas de interpretación:

3. **Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “interpretación”,** los integrantes de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, se evidenció la aplicación de los tres tipos de interpretación jurídica: auténtica, doctrinal y judicial, determinándose que los magistrados frente a la pretensión de la demandante a que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, así como su reposición en la plaza orgánica N° 51 - Abogada de la Gerencia

de Desarrollo Urbano y Rural, al haber adquirido el derecho a un contrato indeterminado por desnaturalización de contratos, al amparo de lo prescrito en el artículo 1 de la Ley N° 24041, analizaron adecuadamente sentencias precedentes, los hechos descritos y la norma a aplicarse, desentrañando el espíritu de la norma para el caso de reincorporación a su centro de trabajo.

4. **Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “integración” se derivó de las sub dimensiones:** “analogía”, “principios generales”, “laguna de ley”, y “argumentos de integración jurídica”, siendo que en el caso materia de estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho, presentándose ello, siendo un aspecto de producción de normas jurídicas que entra en funcionamiento del sistema cuando estamos ante una laguna de derecho, en este caso, la norma aplicable es claro, por lo que los magistrados de la Corte Suprema se han basado estrictamente al espíritu del artículo 1 de la Ley 24041, ello en atención al principio de la primacía de la realidad.

1. **Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “argumentación” se derivó de las sub dimensiones:** “componentes”, “sujeto a” y “argumentos interpretativos”; los magistrados de la Corte Suprema, fundamentaron sus argumentos en base a premisas, inferencias y conclusiones (componentes), no complementando sus argumentos en base a principios como el de **Coherencia Normativa** que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí, **el Principio de Tutela Jurisdiccional** que se encuentra incorporada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

5.2. Recomendaciones

Dentro del nuevo paradigma de pensamiento jurídico, como es la del Estado Constitucional de derecho, la defensa de la vigencia de los derechos fundamentales que le asiste a todo ciudadano, es tarea del Poder Judicial, por lo que la Corte Suprema, como órgano vértice del Poder Judicial, es el primer llamado a reafirmar la vigencia del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales, como una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, encontrándose en permanente control de legitimidad a través de su publicación de sus fallos

Los magistrados al momento de emitir su pronunciamiento, plasmado en la sentencia deben analizar en detalle el caso, no deduciendo en un principio que sean casos fáciles, lo que va ayudar a que los magistrados tengan un amplio panorama de la situación jurídica vulnerada y que de esta manera pueda emplear un análisis profundo sobre el *thema decidendi*.

Asimismo, de presentarse una infracción normativa de normas materiales –como en el caso en estudio- los magistrados deben de emplear el test de proporcionalidad como criterio de interpretación, lo cual involucra que se detalle cada paso que comprende, determinándose el o los derechos fundamentales vulnerados que se encuentran relacionados con las normas adjetivas y luego ponderar la afectación del derecho con lo establecido en la norma.

Es necesario que a toda fundamentación de sentencia –sobre todo en casación– debe no sólo de ampararse en la normatividad o en las máximas de la experiencia, sino

basándose en principios constitucionales y fundamentales, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

En la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00178-2011-0-0201-SP-CI-01 del Distrito Judicial de Ancash - Chimbote, 2017, queda claramente establecido para que cualquier trabajador de la Administración Pública que hayan superado un año de servicios ininterrumpidos bajo la modalidad de servicios no personales, del régimen del Decreto Legislativo y la Ley N° 27972 hagan prevalecer la permanencia laboral, bajo el amparo del artículo 1 de la Ley N° 24041, ello basando al principio de la primacía de la realidad, por desnaturalización de contratos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. & Morales, J. (2005). *El derecho de acceso a la información pública – Privacidad de la intimidad personal y familiar*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Bacacorzo, Gustavo. (1970). *La Jurisdicción contencioso-administrativa en el Perú*. En Separata de la Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima, Año LVI, N° 3 y Año LVIII, N°s 1, 2 y 3.
- Bartra Cavero, José (1990). *Procedimientos Administrativos*. Editorial Ital Perú S.A., Lima.
- Casal, J. y Mateu, E. (2003). En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. Tipos de Muestreo. CReSA. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. Recuperado en: <http://minnie.uab.es/~veteri/21216/TiposMuestreo1.pdf>(23-10-2015)
- Chiassoni, P. (2010). Antinomias. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 269-317). Lima, Perú: Ara.
- C.S.J.R. (1998, junio 03). Casación N° 461-97.
- Domínguez, J. B. (2009). *Dinámica de Tesis – Guía para preparación y ejecución de proyectos de investigación científica con enfoque multidisciplinario* (3ra. Ed.). Chimbote: ULADECH Católica.
- Espinoza de la Cruz, Isaac M. (1996). *Derecho de procedimientos administrativos*. Idemsa, Lima.

- Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En, Figuroa, E. *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. (pp. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.
- Gaceta Jurídica. (2004). *RAZONAMIENTO JUDICIAL. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*. (1era. Ed.). Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- García de Enterría, Eduardo. (1994) *La Administración Pública y el Derecho Administrativo*". En Gaceta Jurídica, Tomo XII, Diciembre de 1994.
- García Toma, Víctor. (1992) *La legalidad administrativa*. En Revista El Jurista, Año 2, N° 6, Julio de 1992.
- García, M. (2003). La cuestión de los principios. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 228-256). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 93-126). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 265-299). Lima, Perú: Palestra.
- Guastini, R. (2010). La interpretación de la Constitución. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico. V. II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 41-44). Lima, Perú: Ara.

- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.
- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. & Batista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.
- Hinostroza, A. (2010) *Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Grijley.
- Huamán, L.A. (2010) *El Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Grijley.
- Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz González, E. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. *Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales*. Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- Mazzarese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y Epistemológicas. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 231-261). Lima, Perú: Ara.
- Mejía, J. (2004). Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de desarrollo [en línea]. EN, *Portal Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos* .Recuperado de:
http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/publicaciones/inv_sociales/N13_2004/a15.pdf . (23-11-2015)
- Meza, E. (s.f.). 2. *Vicios en la argumentación*. Argumentación e interpretación jurídica [en línea]. Recuperado de:
http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf (10-11-2016)
- Morón Urbina, Juan Carlos. (1997). *Derecho procesal administrativo*. En Editorial Página Blanca Editores, Lima, Perú.

Morón Urbina, Juan Carlos. (2009). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. En Gaceta Jurídica, VIII Edición, Diciembre de 2009.

Núñez Santamaría, D. M. (2012). “*La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*” [en línea]. Tesis de maestría no publicada. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1(27-03-2016)

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/ (11-07-2016)

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/(17-07-2016)

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Superior de Justicia. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S (22-08-2016)

Rubio Correa, M. (s.f.). 7. LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EN, *THEMIS Revista de Derecho*. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_051.pdf (27-09-2016)

Rubio Correa, M. (2011). *EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2013). Capítulo II. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. (3era. Ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Sánchez-Palacios Paiva, M. (2009). *El recurso de casación civil*. (4ta. Ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

STC. (2003, enero 03). EXP. N° 0010-2002-AI-TC. *Sentencia del Tribunal constitucional*. Lima, Perú.

STC. (2005, octubre 29). EXP. N° 0045-2004-PI-TC. *Sentencia del Tribunal constitucional*. Lima, Perú.

STC. (2006, abril 26). EXP. N° 0010-2003-AI-TC. *Sentencia del Tribunal constitucional*. Lima, Perú.

STC. (2007, noviembre 21). EXP. N° 0027-2006-PI-TC. *Sentencia del Tribunal constitucional*. Lima, Perú.

STC.EXP. N° 0001-0003-2003-AI-TC.*Sentencia del Tribunal constitucional*. Lima, Perú.

Supo,J.(2012).*Seminariosdeinvestigacióncientífica.Tiposdeinvestigación* [en línea]. EN, *Portal Seminarios de investigación*. Recuperado de <http://seminariosdeinvestigacion.com/tipos-de-investigacion/>.(23-08-2016)

Torres, A. (2006). INTRODUCCIÓN AL DERECHO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. (3era. Ed.). Lima, Perú: Moreno S. A.

Universidad de Celaya (2011). Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya. Centro de Investigación. México. Recuperado de: http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf. (11-11-2016)

Valderrama, S. (s.f.). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima, Perú: San Marcos.

WordReference. (2015). Diccionario de la lengua española / compatibilidad. Copyright. Recuperado de: <http://www.wordreference.com/definicion/compatibilidad> (11-11-2016)

Zavaleta, R. (2014). 2.2.2. Argumentos interpretativos. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima, Perú: Grijley.

**A
N
E
X
O
S**

ANEXO 1

Cuadro de Operacionalización de las Variables: Incompatibilidad Normativa y Técnicas de Interpretación provenientes de las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú

OBJETODEESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA – MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)</i> 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. <i>(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)</i>
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez de la norma. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)</i> 2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)</i> 3. Identifica de causales sustantivas para la selección de normas. <i>(Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implícitas)</i> 4. Identifica de causales adjetivas para la selección de normas. <i>(Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)</i>
		Colisión	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. 2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))</i> 3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)</i> 4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. <i>(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)</i>
	TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Auténtica, doctrinal y judicial)</i>
			Resultados	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Restrictiva, extensiva, declarativa)</i>

		Medios	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica de criterios de interpretación jurídica de normas seleccionas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso.(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) 2. Identifica de criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tato sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)
	Integración	Principios generales	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica de principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema.(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)
		Laguna de ley	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identificación de la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (Antimonias)
		Argumentos de integración jurídica	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica de argumentos con relación a la creación de normas por integración.
	Argumentación	Componentes	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica del error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) 2. Identifica de los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) 3. Identifica de las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) 4. Identifica de las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.(Encascada, en paralelo y dual) 5. Identifica de la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria)
		Sujeto a	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica de principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de ley orgánica; s) Principio de unidad de la Constitución; t) Principio de indubio pro legislatore; u) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) 2. Identifica de la clase de argumento empleado por el Magistrado en su pronunciamiento sobre la sentencia de la Corte Suprema.(a. Argumento circular; b. Argumento ad verecundiam o argumento de autoridad; c. Argumento irrelevante; d. Argumento analógico; e. Argumento por el nexa causal; f. Argumento pragmático; g. Argumento mediante ejemplos)
		Argumentos interpretativos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identifica de argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios)

ANEXO 2

CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LAS VARIABLES

1. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a la sentencia de la Corte Suprema.
2. Las variables de estudio son incompatibilidad normativa y las técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: incompatibilidad normativa comprende dos dimensiones (Exclusión y Colisión).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprende tres dimensiones (Interpretación; Integración y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tienen sus respectivas sub dimensiones.

En relación a la variable independiente: incompatibilidad normativa

5.1.Las sub dimensiones de la dimensión “Exclusión”, son 2: *validez formal* y *validez material*.

5.2.Las sub dimensiones de la dimensión “Colisión”, es 1: *control difuso*.

En relación a la variable dependiente: técnicas de interpretación

- 5.3. Las sub dimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: *Sujetos, resultados y medios.*
- 5.4. Las sub dimensiones de la dimensión Integración, son 3: *Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica.*
- 5.5. Las sub dimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: *componentes, sujeto a, y Argumentos interpretativos.*
6. Que la dimensión “Exclusión” presenta 6 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
7. Que la dimensión “Colisión” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
8. Que la dimensión “Interpretación” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
9. Que la dimensión “Integración” presenta 3 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
10. Que la dimensión “Argumentación” presenta 8 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
11. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto ciertos parámetros, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en base a los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.
12. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre incompatibilidad normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.

13. De los niveles de calificación: la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.

14. Calificación:

14.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple

14.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.

14.3. De las dimensiones: se determinan en función a la manera en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.

14.4. De las variables: se determina en función a la aplicación de sus dimensiones respectivas.

15. Recomendaciones:

15.1. Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.

15.2. Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.

15.3. Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.

15.4. Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

16. El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.

17. Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia de la Corte Suprema; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

Cuadro 1
Calificación aplicable a los parámetros

Texto respectivo de la sentencia	Lista de parámetros	Calificación
		Si cumple (cuando en el texto se cumple)
		No cumple (cuando en el texto no se cumple)

Fundamentos:

- ❖ El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si cumple
- ❖ La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No cumple

3. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 2
Calificación de la manera de la aplicación en la incompatibilidad normativa

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
No cumple con la Validez formal y la Validez material	6	[0]
Si cumple con el Control difuso	4	[2,5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Nunca*

4. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 3

Calificación de la manera de la aplicación en las técnicas de interpretación

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
No cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	4	[0]
Si cumple en parte con la Analogía, Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica	4	[2,5]
Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	8	[5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Remisión/Inexistente.*

5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA:

Cuadro 4

Calificación aplicable a las variables: Incompatibilidad normativa y Técnicas de interpretación

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			De La dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las sub dimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal	2			2.5	[16- 25]	2.5
		Validez Material	3		1		[1 - 15]	
	Colisión	Control difuso	4				[0]	
Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Remisión Inexistente	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos			1	15	[11 - 20]	42.5
		Resultados	1				[1 - 10]	
		Medios			2		[0]	
	Integración	Analogía	1			0	[11 - 20]	
		Principios generales	1				[1 - 10]	
		Laguna de ley	1				[0]	
		Argumentos de interpretación jurídica	1	X			[0]	
	Argumentación	Componentes	1	1	3	27.5	[18 - 35]	
		Sujeto a			1		[1 – 37.5]	
Argumentos interpretativos				1	[0]			

Ejemplo: 7, está indicando que la incompatibilidad normativa no existe en la sentencia emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 2.5; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue adecuada, lo cual se refleja con una calificación de 42.5

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Exclusión, y la Colisión.
- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.
- El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo al hallazgo obtenido de los indicadores.
- Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 4.
- La determinación de los valores y niveles de aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Incompatibilidad normativa

[16-25]=Cada indicador se multiplica por 2,5=Siempre

[1 - 15] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Nunca

B. Técnicas de interpretación

[38-75]=Cada indicador se multiplica por 5 =Adecuada

[1 - 37.5] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Remisión/Inexistente

Nota: Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 4

ANEXO 3

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 Proceso Contencioso Administrativo contenido en el expediente N° 178-2011-0-0201-SP-CI-01 en casación, proveniente del Distrito Judicial de Ancash. Chimbote.

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.

Chimbote, 31 de julio de 2017

Wilber Mendoza Asencios
DNI N° 40088456

ANEXO 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

TRANSITORIA

CASACIÓN N° 892-2013

ANCASH

Habiéndose verificado que a la fecha en que la demandante fue encargada en un puesto considerado de confianza, ya ostentaba derecho de permanencia laboral por haber realizado labores de naturaleza permanente que tenían más de un año ininterrumpido de servicios bajo contratos de locación de servicios y contratos determinados regulados por el Decreto Legislativo N°276 que ocultaba la relación laboral que existía entre la demandante y la Municipalidad demandada, se tiene que dicha encargatura de confianza no nova la previa condición laboral obtenida por la demandante, correspondiéndole en ese sentido, ser reconocida como trabajadora contratada permanente bajo el amparo de la Ley N° 24041, no significando ello un reconocimiento como servidor público de carrera.

Lima, uno de julio de dos mil catorce.-

**LA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL y SOCIAL
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA.-**

VISTA; Con los acompañados; la causa número ochocientos noventa y dos guión dos mil trece, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, M.P.H., mediante escrito de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante de fojas 288 a 289, contra la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, obrante de fojas 208 a 218, que declara infundada la demanda, y reformándola la declara Fundada, nula la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, ordenando la reposición laboral de la demandante en la plaza orgánica N° 51- Abogado de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, en la que venía laborando hasta el once de mayo de dos mil diez o en otra de similar nivel; en lo seguidos por M.R.del P.U.G., sobre impugnación de Resolución Administrativa.

CAUSAL DE RECURSO

Mediante resolución de fecha veintiuno de agosto de dos mil trece, obrante de fojas 28 a 31 del cuaderno de casación, esta Sala Suprema ha declarado procedente en forma extraordinaria el recurso por las causales de infracción normativa del artículo 2° de la

Ley N° 24041 y de los incisos 3) y b) del artículo 139 de la Constitución Política de Estado.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, habiéndose declarado procedentes, tanto denuncias sustentadas en vicio in procedendo como en vicio in iudicando, corresponde prima facie efectuar el análisis del error procesal o vicio in procedendo, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto del denunciado error material, referido al derecho controvertido en la presente causa.

Respecto a la causal de infracción normativa del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado.

Segundo.- Que, el debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada.

Tercero.- Que, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente en las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política de Estado garantiza que los

jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso mental que los ha llevado a deducir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Cuarto.- Que, el análisis de la infracción normativa denunciada, tiene por finalidad de examinar si la Sala Superior ha emitido la recurrida con observancia de las reglas del debido proceso; al respecto, se advierte que la sentencia de vista ha sido debidamente motivada, al haber expuesto los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión, asimismo, no se advierte afectación a las garantías del debido proceso, habiéndose desarrollado el proceso con observancia de las normas procesales aplicables al caso; en tal sentido, no se advierte que se haya contravenido el principio fundamental del Debido Proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales que encuentran su desarrollo en los incisos 3) y 5) del artículo 139° Constitución Política del Estado, por lo que, esta causal debe ser desestimada.

Respecto a la causal de infracción normativa del artículo 2 de la Ley N° 24041

Quinto.- Que, de la demanda interpuesta con fecha ocho de marzo de dos mil once, se advierte que el objeto de la pretensión está referido a que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, así como su reposición en la plaza orgánica N° 51- Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, en la que laboró hasta el once de mayo de dos mil diez, cuando fue designada jefa del área de personal de la entidad emplazada.

Sexto.- Que, la Ley N° 24041, que tiene por objeto proteger del despido arbitrario, a los servidores públicos que fueron contratados para realizar labores de naturaleza

permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, establece en su artículo 2º los supuestos de exclusión de los beneficios de la mencionada Ley, enumerándolos en los siguientes: "1. Trabajos para obra determinada; 2. Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada; 3. Labores Eventuales o accidentales de corta duración y finalmente, 4. Funciones Políticas o de confianza."

Sétimo.- Que, de la revisión de la sentencia de vista recurrida de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante a fojas 274, se advierte que en la misma el Colegiado Superior ha considerado que la demandante ha laborado en forma continua desde el uno de enero de dos mil siete hasta el tres de enero de dos mil once, refiriendo que no existió una relación laboral de confianza entre ella y la emplazada, ello en razón a que dicha entidad en forma, fraudulenta ha pretendido desnaturalizar el contrato de la recurrente enervando su carácter indeterminado. A ello agrega que en el presente caso no rige el cuadro de asignación de personal aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 083-2009/MPHI publicado el treinta de octubre del dos mil nueve, que califica las labores de la demandante como de confianza, por ser una norma posterior, que no estaba en vigencia cuando las partes celebraron los contratos de trabajo. Además, tomando en cuenta reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Sala Superior concluye refiriendo que a pesar de tener la demandante una relación laboral indeterminada, fue promovida a un cargo de confianza, mediante el abuso del derecho del empleador, con el propósito de despedirla cuando fue cesada en sus funciones, ello a pesar de que no se había acreditado la existencia de comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral.

Octavo.- Que, de la revisión de autos, se tiene que la demandante laboró bajo contrato de locación de servicios desde el uno de mayo de dos mil cuatro al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, conforme obra de fojas 02 a 22, verificándose que la relación contractual fue cortada en los meses de enero de dos mil cinco y enero de dos mil seis. Continuando luego, también bajo contrato de locación de servicios, desde el uno de enero de dos mil siete al treinta y uno de diciembre de dos mil siete, en el cargo de jefa de personal conforme se tiene de fojas 24 a 32. Siendo luego especialista en personal desde el uno de enero de dos mil ocho al veintiocho de setiembre de dos mil nueve, ello bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972 conforme se tiene de fojas 34 a 38; siendo encargada luego en el puesto de Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural desde el uno de octubre de dos mil nueve hasta el diez de mayo de dos mil diez, ello también, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972, conforme se aprecia de fojas 39 y 40. Siendo finalmente encargada en la plaza de jefa del área de personal de la Municipalidad demandada desde el once de mayo de dos mil diez hasta el tres de enero de dos mil once, conforme se tiene de fojas 40 a 45, sujeta también al Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972.

Noveno.- Que, aunado a lo ya descrito, se tiene que mediante Ordenanzas Municipales N° 083-2009/MPHI, N° 084-2009/MPHI y N° 085-2009/MPHI del dieciséis de setiembre de dos mil nueve, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el treinta de octubre de dos mil nueve, es que se aprueban: El Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Cuadro para Asignación de Personal (CAP) y el Manual de Organización y Funciones (MOF), todos de la M.P.H. Estableciéndose con ello en el CAP-2009, obrante a fojas 93 y específicamente a fojas 96 que el "Jefe de Área de Personal" es un cargo de confianza. Teniendo por ello, que cualquier encargatura como

personal de confianza en dicho cargo, tiene vigencia, recién desde el día siguiente a la publicación de la norma, esto es, desde el treinta y uno de octubre de dos mil nueve. En atención a ello, no se puede pretender considerar que los cargos de "jefe de personal" y "especialista en personal" en los que se desarrolló la demandante desde el uno de enero de dos mil siete hasta el veintiocho de setiembre de dos mil nueve sean considerados de "confianza", ya que no obra documento en el expediente que los tenga, durante esos periodos, bajo esa calidad; máxime si se tiene que de los contratos y resoluciones de Alcaldía que se refieren a dichos cargos, en ninguno se menciona a algún CAP o documento del que pueda inferirse que son cargos de confianza; circunstancia que sí se aplica en la Resolución de Alcaldía N° 2367-2010-MPHI/A de fecha diez de mayo de dos mil diez, que al encargar a la demandante como Jefa del Área de Personal de la Municipalidad demandada, toma como base jurídica, en el quinto párrafo, dentro de su parte considerativa a las Ordenanzas Municipales N° 083-2009/MPHI, N° 084-2009/MPHI Y N° 085-2009/MPHI mencionadas líneas arriba.

Décimo.- Que, bajo lo descrito en los considerandos precedentes se desprende que la demandante laboró en forma ininterrumpida en tres tramos: 1) Desde el uno de febrero de dos mil seis -fecha en la que era Responsable de la Oficina de DEMUNA, conforme se tiene de fojas 18-, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil siete, fecha en que la demandante tenía el cargo de especialista en personal-, ambos cargos bajo contratos de locación de servicios, que sumados dan un total de un año y diez meses. 2) Desde el uno de enero de dos mil ocho, fecha en la que la demandante era especialista en personal conforme se tiene de fojas 34-, hasta el diez de mayo de dos mil diez -fecha en la que la demandante ya era Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural-, ambos bajo Resoluciones de Alcaldía regulados por el Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972, computando dos años, cuatro

meses y nueve días; y, 3) Desde el once de mayo de dos mil diez, hasta el tres de enero de dos mil once, como Jefa del Área de Personal, cargo considerado de confianza por el Cuadro para Asignación de Personal- 2009, computando bajo este régimen siete meses y 22 días.

Décimo primero.- Que en dicho orden de ideas, y dada la naturaleza de los 2 primeros tramos, que se refieren a labores de naturaleza permanente, se tiene que la suma de ambos da un primer periodo total de cuatro años, dos meses y nueve días ininterrumpidos, bajo las modalidades de servicios no personales, el Régimen Decreto Legislativo N° 276, y la Ley N° 27972-, los mismos que no son incompatibles, dado que no se encuentran dentro de las causales de exclusión del artículo 2° de la Ley N° 24041; y un segundo periodo como personal de confianza que ocultaban la relación laboral que existía entre la demandante y la Municipalidad demandada, ello en atención al principio de "Primacía de la Realidad", que establece que "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos:" A ello corresponde agregar, que la encargatura como personal de confianza durante su último tramo laboral, conforme se pretendió mediante Resolución de Alcaldía N° 2367-010- PHI/A de fecha diez de mayo de dos mil diez obrante a 40, no nova la condición laboral obtenida por la demandante durante su previa relación contractual con la entidad demandada, ya que en aplicación del ya mencionado "Principio de la Primacía de la Realidad", la demandante ya venía desarrollando labores de carácter permanente, correspondiendo por ello ser reincorporada en la plaza en la que laboró hasta antes de ser designada como Jefa del Área de Personal esto es, en la plaza de Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural o en otro de similar nivel; reconocimiento que no significa que tenga la condición de servidor público de por

siete meses y veintidós días. Verificándose con ello que a la fecha en que la demandante fue encargada en el cargo de confianza - esto es el once de mayo de dos mil diez-, ella ya ostentaba derecho de permanencia laboral por haber permanecido por más de un año ininterrumpido realizando labores de naturaleza permanente, con actos carrera, máxime cuando dicho pedido no es materia de la demanda. Razones por las cuales no corresponde amparar el recurso de casación.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones, y con lo expuesto en el Dictamen emitido por la señora Fiscal Suprema en lo Contencioso Administrativo, declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la M.P.H., de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante de fojas 288 a 289; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282; sin costas ni costos; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por M.R. del P.U.G., sobre Impugnación de Resolución Administrativa; y, los devolvieron.- Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo C.Z.-

S.S.

R. M.

C.R.

T.V.

M.R.THA YS

C.Z.

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA
JUEZA SUPREMA ELIZABETH ROXANA MAC RAE THAYS, SON
LOS SIGUIENTES:**

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, se trata del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, M.P.H. mediante escrito de fojas 288 a 289, contra la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, obrante de fojas 208 a 218, que declara infundada la demanda y reformándola declara fundada la demanda interpuesta por M.R.del P.U.G.

Segundo.- Que, el recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha veintiuno de agosto de dos mil trece, que corre de fojas 28 a 31 del cuaderno de casación por la causal de infracción normativa del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y del artículo 2° de la Ley N° 24041.

Tercero.- Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386°, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e

inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Cuarto.- Que, habiéndose declarado procedentes las denuncias sustentadas en vicios *in procedendo* como vicios *in iudicando*, corresponde efectuar en primer término, el análisis del error procesal, toda vez que de resultar fundada la denuncia, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto de los posibles errores materiales.

Quinto.- Que, la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o del órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Sexto.- Que, el Derecho al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional Efectiva reconocidos también como principio de la función jurisdiccional en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Perú garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder - deber de la

jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales.

Sétimo.- Que, el principio procesal de la motivación escrita de las resoluciones judiciales se halla consagrado en el artículo 139 inciso 5) de la Constitución Política del Estado, el cual tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida.

Octavo.- Que, el petitorio de la demanda incoada con fecha ocho de marzo de dos mil once, se advierte que el objeto de la pretensión está referido a que se declare nula y sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 065-2011-HI/A de fecha quince de febrero de dos mil once, que declara improcedente el pedido de asignación de funciones administrativas formulado por la ahora demandante; y en consecuencia, se ordene a la demandada que cumpla con su reposición en la plaza orgánica N° 51 - bogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural, en la que laboró hasta el once de mayo de dos mil diez, cuando fue designada Jefa del Área de Personal de la entidad emplazada.

Noveno.- Que, de la revisión de la sentencia de vista recurrida de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante a fojas 274, se advierte que en la misma el Colegiado Superior ha considerado que la demandante ha laborado en forma continua desde el uno de enero de dos mil siete hasta el tres de enero de dos mil once, refiriendo que no existió una relación laboral de confianza entre ella y la

emplazada, ello en razón a que dicha entidad en forma fraudulenta ha pretendido desnaturalizar el contrato de la recurrente enervando su carácter indeterminado. A ello agrega que en el presente caso no rige el Cuadro de Asignación de Personal aprobado mediante Ordenanza Municipal N° 083-2009/MPHI publicado el treinta de octubre de dos mil nueve, que califica las labores de la demandante como de confianza, por ser una norma posterior, que no estaba en vigencia cuando las partes celebraron los contratos de trabajo. Además, tomando en cuenta reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Sala Superior concluye refiriendo que a pesar de tener la demandante una relación laboral indeterminada, fue promovida a un cargo de confianza, mediante el abuso del derecho del empleador, con el propósito de despedirla cuando fue cesada en sus funciones, ello a pesar de que no se había acreditado la existencia de comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral.

Décimo.- Que, de la revisión de la sentencia recurrida se aprecia que el Colegiado de la Sala Superior confirma la sentencia apelada, que declaró fundada la demanda, ha emitido pronunciamiento esgrimiendo los argumentos que sustentan su decisión de estimar la demanda, lo cual denota que se ha emitido una resolución motivada, no configurándose la infracción de los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, debiendo pasar a analizar la causal de naturaleza material.

Décimo Primero.- Que, la Ley N° 24041, que tiene por objeto proteger del despido arbitrario, a los servidores públicos que fueron contratados para realizar labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, establece en su artículo 2° los supuestos de exclusión de los beneficios de la mencionada Ley, enumerándolos en los

siguientes: "1. *Trabajos para obra determinada*; 2. *Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada*; 3. *Labores eventuales o accidentales de corta duración. Y finalmente, 4. Funciones Políticas o de confianza.*".

Décimo Segundo.- Que, de la revisión de autos, se tiene que la demandante laboró bajo contrato de Locación de Servicios desde el uno de mayo de dos mil cuatro al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, conforme obra de fojas 02 a 22, verificándose que la relación contractual fue cortada en los meses de enero de dos mil cinco y enero de dos mil seis. Continuando luego, también bajo contrato de Locación de Servicios, desde el uno de enero de dos mil siete al treinta y uno de diciembre de dos mil siete, en el cargo de Jefa de Personal conforme se tiene de fojas 24 a 32. Siendo luego Especialista en Personal desde el uno de enero de dos mil ocho al veintiocho de setiembre de dos mil nueve, ello bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972 conforme se tiene de fojas 34 a 38; siendo encargada luego en el puesto de Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural desde el uno de octubre de dos mil nueve hasta el diez de mayo de dos mil diez, ello también, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972, conforme se aprecia de fojas 39 y 40. Siendo finalmente encargada en la plaza de Jefa del Área de Personal de la Municipalidad demandada desde el once de mayo de dos mil diez hasta el tres de enero de dos mil once, conforme se tiene de fojas 40 a 45, sujeta también al Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972.

Décimo Tercero.- Que, aunado a lo ya descrito, se tiene que mediante Ordenanzas Municipales N° 083-2009/MPHI, N° 084-2009/MPHI y N° 085-2009/MPHI del diecisiete de setiembre de dos mil nueve, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el treinta de octubre de dos mil nueve, es que se aprueban: El Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Cuadro para Asignación de Personal (CAP) y el Manual de Organización y Funciones (MOF), todos de la M.P.H. Estableciéndose con ello en el CAP-2009, obrante a fojas 93 y específicamente a fojas 96 que el "Jefe de Área de Personal" es un cargo de confianza. Teniendo por ello, que cualquier encargatura como personal de confianza en dicho cargo, tiene vigencia, recién desde el día siguiente a la publicación de la norma, esto es, desde el treinta y uno de octubre de dos mil nueve. En atención a ello, no se puede pretender considerar que los cargos de "Jefe de Personal" y "Especialista en Personal" en los que se desarrolló la demandante desde el uno de enero de dos mil siete hasta el veintiocho de setiembre de dos mil nueve sean considerados de "confianza", ya que no obra documento en el expediente que los tenga, durante esos períodos, bajo esa calidad; máxime si se tiene que de los contratos y resoluciones de Alcaldía que se refieren a dichos cargos, en ninguno se menciona a algún CAP o documento del que pueda inferirse que son cargos de confianza; circunstancia que sí se aplica en I~ Resolución de Alcaldía N° 2367- 2010-MPHI/A de fecha diez de mayo de dos mil diez, que al encargar a la demandante como Jefa del Área de Personal de la Municipalidad demandada, toma como base jurídica, en el quinto párrafo, dentro de su parte considerativa a las Ordenanzas Municipales N° 083-2009/MPHI, N° 084-2009/MPHI Y N° 085-2009/MPHI mencionadas líneas arriba.

Décimo Cuarto.- Que, bajo lo descrito en los considerandos precedentes se desprende que la demandante laboró en forma ininterrumpida en tres tramos: 1) Desde el uno de febrero de dos mil seis -fecha en la que era Responsable de la Oficina de DEMUNA, conforme se tiene de fojas 18-, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil siete -fecha en que la demandante tenía el cargo de Especialista en Personal-, ambos cargos bajo contratos de Locación de Servicios, que sumados dan un total de un año y diez meses; 2) Desde el uno de enero de dos mil ocho -fecha en la que la demandante era Especialista en Personal conforme se tiene de fojas 34-, hasta el diez de mayo de dos mil diez-fecha en la que la demandante ya era Abogada de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural-, ambos bajo Resoluciones de Alcaldía regulados por el Decreto Legislativo N° 276, su Reglamento y la Ley N° 27972, computado dos años, cuatro meses y nueve días, y 3) Desde el once de mayo de dos mil diez, hasta el tres de enero de dos mil once, como Jefa del Área de Personal, cargo considerado de confianza por el Cuadro para Asignación de Personal - 2009, computando bajo este régimen siete meses y veintidós días.

Décimo Quinto.- Que, en ese orden de ideas, y dada la naturaleza de los dos primeros tramos, que se refieren a labores de naturaleza permanente, se tiene que la suma de ambos da un primer período total de cuatro años, dos meses y nueve días ininterrumpidos, -bajo las modalidades de servicios no personales, el Régimen Decreto Legislativo N° 276, Y la Ley N° 27972-, los mismos que no son incompatibles, dado que no se encuentran dentro de las causales de exclusión del artículo 2° de la Ley N° 24041; Y un segundo período como Personal de Confianza por siete meses y veintidós días.

Verificándose con ello que a la fecha en que la demandante fue encargada en el cargo de confianza - esto es el once de mayo de dos mil diez, ella ya ostentaba derecho de permanencia laboral por haber permanecido por más de un año ininterrumpido realizando labores de naturaleza permanente, con actos que ocultaban la relación laboral que existían entre la demandante y la Municipalidad demandada, ello en atención al Principio de Primacía de la Realidad, que establece que "[. ..] *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*". A ello corresponde agregar, que la encargatura como personal de confianza durante su último tramo laboral, conforme se pretendió mediante Resolución de Alcaldía N° 2367-2010-MPHI/A de fecha diez de mayo de dos mil diez, obrante a fojas 40, no nova la condición laboral obtenida por la demandante durante su previa relación contractual con la entidad demandada, ya que en aplicación del ya mencionado Principio de la Primacía de la Realidad, la demandante ya venía desarrollando labores de carácter permanente, correspondiendo por ello ser reincorporada en la plaza en la que laboró hasta antes de ser designada como Jefa del Área de Personal, esto es, en la plaza de Abogada de la Gerencia del Desarrollo Urbano y Rural o en otro de similar nivel; reconocimiento que no significa que tenga la condición de servidor público de carrera, máxime cuando dicho pedido no es materia de la demanda. Razones por las cuales no corresponde amparar el recurso de casación.

Décimo Sexto.- Que, estando a que el recurso de casación tiene como objeto uniformizar la aplicación de las leyes y doctrinas jurídicas, va más allá de los intereses de los particulares, pues la sentencia de casación establecerá y

determinará: a) si efectivamente se infringió una norma jurídica, b) cómo es que se produjo esa infracción, y c) cuál debe ser la correcta o debía aplicar, en el sentido y alcance que fije El Tribunal Supremo; y es tanto así que, aun cuando el fallo se estime correcto, el Tribunal Supremo deberá adecuar la fundamentación de derecho, cuando sea necesario, por la exigencia del interés público. Los fallos en casación son ejemplificadores para casos futuros". De ahí la importancia de la casación, situada en el vértice del organigrama jurisdiccional se configura, no sólo en símbolo de su supremacía, sino en la seguridad de coherencia divisional y de eficacia de orientación jurisprudencial. Su posición privilegiada en el sistema de impugnación, como último recurso jurisdiccional, le permite establecer el contenido moderno del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris* basándose en su finalidad uniformadora. Desde una dimensión constitucional la libertad, la seguridad jurídica y la igualdad son tres elementos fundamentales, la casación se muestra esencial en su búsqueda. Si la casación es capaz de ser instrumento de estos valores fundamentales, no es porque estos le sean atribuidos expresamente o en mayor medida que a los demás órganos jurisdiccionales. Ello deriva, por un lado, de la posición principal que el Tribunal Supremo asume en la organización judicial como cúspide de la misma y por otro lado de la importancia con que la jurisprudencia es tratada.

Décimo Sétimo.- Que, en tal sentido, siendo el criterio vertido en la presente resolución, el asumido como posición mayoritaria en casos objetivamente similares al que nos ocupa, como en la Casación N° 5502-2009-TACNA de fecha trece de setiembre de dos mil once, a fin de cumplir con el fin uniformador del recurso de casación, la suscrita hace presente que al amparo

del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, cambia su criterio en relación a otros procesos en los que ha resuelto temas similares.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones, y con lo expuesto en el Dictamen emitido por la señora Fiscal Suprema en lo Contencioso Administrativo, MI VOTO es porque se declare INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público de la M.P.H., de fecha veintiséis de octubre de dos mil doce, obrante de fojas 288 a 289; en consecuencia, NO SE CASE la sentencia de vista de fecha veintiséis de setiembre de dos mil doce, obrante de fojas 274 a 282; SE DISPONGA la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en los seguidos por M.R. del P.U.G., sobre Nulidad de Resolución Administrativa.-

S.S

M.R.T..

ANEXO 5

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

**Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa,
proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00178-2011
del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote. 2017**

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
GENERAL	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 178-2011 del Distrito Judicial de Ancash - Chimbote, 2017?	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 178-2011 del Distrito Judicial de Ancash – Chimbote. 2017
ESPECÍFICOS	Sub problemas de investigación /problemas específicos (no se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis-informe sólo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos	Objetivos específicos (son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	Respecto a la incompatibilidad normativa	Respecto a la incompatibilidad normativa
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad?	Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso?	Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
	Respecto a las técnicas de interpretación	Respecto a las técnicas de interpretación
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

ANEXO 6
INSTRUMENTO DE RECOJO DE DATOS
(LISTA DE COTEJO)

1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

1.1. Exclusión:

- 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma.** *(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)*
- 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.** *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)*
- 3. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez material de la norma.** *(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)*
- 4. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas(tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso.** *(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)*
- 5. Determina la identificación de causales sustantivas para la selección de normas.** *(Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes)*
- 6. Determina la identificación de causales adjetivas para la selección de normas.** *(Basadas en el Artículo 386º del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)*

1.2. Colisión:

1. **Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.**
2. **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.***(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))*
3. **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.***(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)*
4. **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.***(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)*

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

2.1. Interpretación

1. **Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación.** *(Auténtica, doctrinal y judicial)*
2. **Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación.** *(Restrictiva, extensiva, declarativa)*
3. **Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas correspondientes que garantizan el proceso.***(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)*
4. **Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.***(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)*

2.2. Integración jurídica

1. **Determina la existencia de la analogía en la sentencia, emitida por la Corte Suprema.** *(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley).*
2. **Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema.** *(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)*
3. **Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia.** *(Antimonias)*
4. **Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.**

2.3. Argumentación jurídica

1. **Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación.** *(Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial)*
2. **Determina los componentes de la argumentación jurídica.** *(Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión)*
3. **Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.** *(Premisa mayor y premisa menor)*
4. **Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.** *(Encascada, en paralelo y dual)*
5. **Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.** *(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria)*
6. **Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional relacionada al proceso contencioso administrativo.** *(a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio*

de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de ley orgánica; s) Principio de unidad de la Constitución; t) Principio de indubio pro legislatore; u) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)

- 7. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.** (*Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios*).