



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
CURSO “ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”
I NIVEL DE LA MAGISTRATURA
Elaborado por el
Mg. Wilder Tuesta Silva

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Ivan Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Rocío Robles Valenzuela

El presente material del Curso “Argumentación Jurídica”, ha sido elaborado por el Mag. Wilder Tuesta Silva para la Academia de la Magistratura, en junio de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

CURSO “ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Formación de Aspirantes.
Horas Lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	01
Especialista que elaboró el material	:	Mg. Wilder Tuesta Silva

II. PRESENTACIÓN

El presente **Curso de Argumentación Jurídica** busca internalizar en el discente las exigencias actuales de la justificación de la decisión jurídica —superando los estrechos cánones de la concepción formalista de la práctica del Derecho—, presentándole información teórica y casuística que le permita identificar, comprender y practicar una argumentación orientada a la tutela de los derechos, desde una perspectiva argumentativa del Derecho, en el marco del Estado Constitucional.

Tratándose de un curso orientado a profesionales aspirantes al desempeño de la función jurisdiccional y fiscal, el contenido y la metodología del curso ha sido estructurado teniendo en cuenta dos parámetros institucionales sobre las exigencias actuales de la argumentación del magistrado: uno legal y el otro jurisprudencial.

El **parámetro legal** está constituido por los Criterios de evaluación de la calidad de las resoluciones, establecidas en el artículo 70 de la Ley de la Carrera Judicial: 1. Comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; 2. la coherencia lógica y solidez de la argumentación utilizada para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; 3. la congruencia procesal; y, 4. el manejo de jurisprudencia pertinente al caso. Esto concuerda con el **parámetro jurisprudencial** establecido por el Consejo Nacional de la Magistratura en la Resolución N° 120-2014-PCNM, el cual constituye precedente administrativo para la calificación

de las decisiones de los magistrados en los procesos de ratificación y ascenso.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Al término del curso el discente estará en la capacidad de:

1. Comprende las implicancias del Estado Constitucional de Derecho en la función actual del magistrado.
2. Comprende la importancia y las exigencias mínimas necesarias de la justificación de la decisión jurídica (interna y externa), considerando las cuestiones de hecho (premisa fáctica) como de Derecho (premisa normativa).
3. Identifica y usa los niveles de exigencia de racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad como método para resolver conflictos entre principios.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: EL MAGISTRADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1) El Derecho. Exigencias y complejidades actuales. 2) El rol del juez en el Estado Constitucional. Diferencias con el paradigma del juez en el Estado de Derecho Legislativo.	• Identifica y comprende las implicancias del rol actual de la función del magistrado. • Advierte la relevancia de la adecuada comprensión del problema que presenta el caso.	• Reflexiona sobre las exigencias del rol del juez en el Estado Constitucional. • Valora las implicancias de dicho cambio de paradigma..
Lecturas sugeridas: Lectura N° 1 • Gustavo ZAGREBELSKY. “En los orígenes de la cuestión”. En: <i>La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional</i>. Trotta. Madrid, 2014, pp.17-38.		

Lectura N° 2

- Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ. "El Estado Constitucional: implicancias en materia de modelo de juez". En: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Trotta, Madrid, 2015. Pp. 119-138.

Caso sugerido:**Caso N° 1**

- Res. Jef. N° 1011-2005-RENIEC. Imposibilidad legislativa para realizar una adopción de persona mayor de edad. Analizar el caso considerando la legislación vigente en el momento en que se resolvió y luego de la modificación del artículo 22 del C.c.

UNIDAD II: JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
3) Justificación interna	• Identifica el contenido mínimo que debe desarrollar para tener una decisión bien argumentada jurídicamente. Lo cual es usado como un esquema de trabajo. • Desarrolla argumentativamente el esquema identificado.	• Actitud crítica y argumentativa.
4) Justificación externa		
5) Cuatro problemas relevantes que requieren justificación externa.		

Lectura sugerida:**Lectura N° 3**

- José Juan MORESO y Josep María VILAJOSANA (2004), Cap. VII. "Aplicación del Derecho". 2. "Justificación de las decisiones jurídicas". En: *Introducción a la teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid. Pp. 175-184.

Caso sugerido:**Caso N° 2**

- Exp. 4058-2012-PA/TC. Conclusión del proceso por inasistencia a la audiencia. –un caso de falta de justificación de las premisas usadas

en el razonamiento de las instancias del poder judicial en el caso del proceso de alimentos y en el del proceso de amparo.

UNIDAD III : INTEPRETACIÓN JURÍDICA

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. La centralidad de la interpretación en la práctica del derecho 2. Concepciones sobre la interpretación jurídica 2.1. Teoría cognoscitivista: la interpretación como acto de conocimiento Las razones del cognoscitivismo 2.2. La interpretación como acto de voluntad 2.3. La interpretación como una actividad integral (concepción intermedia) 2.4. Disposición y norma en la interpretación jurídica. Fundamento de las sentencias interpretativas. 3. ¿Por qué se necesita interpretar? 3.1. ¿Solo se interpreta cuando el texto es oscuro? 3.2. Otros casos problemáticos de interpretación 4. La interpretación como actividad necesaria 5. ¿Debemos abandonar el método de la interpretación literal? 6. Interpretación constitucional 7. Interpretación jurídica y derrotabilidad de las normas 7.1. Derrotabilidad a nivel de las prescripciones	• Comprende la necesidad de la interpretación para la aplicación del Derecho. • Identifica y comprende la relevancia y los alcances actuales de la interpretación en la configuración del derecho y la tutela jurisdiccional de los derechos. • Comprende las posibilidades y límites de la interpretación literal.	• Actitud analítica y reflexiva sobre la necesidad de la interpretación para su aplicación en su función jurisdiccional. • Valora la interpretación sistemática.

contenidas en las formulaciones de las reglas. 7.2. Derrotabilidad a nivel de la justificación subyacente a las reglas 7.3. Derrotabilidad radical de las normas 7.4. Interpretación y derrotabilidad		
Lecturas sugeridas: Lectura N° 4 - Giovanni TARELLO Cap. VIII. La argumentación de la interpretación y los esquemas de motivación de la atribución de significado a documentos normativos. En: <i>La interpretación de la Ley</i> (2013). Palestra. Lectura N° 5 - Neil MacCormick. "Discusiones sobre la interpretación" En: <i>Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico</i>. Palestra (2016). Pp. 215-247.		
Caso sugerido: Caso N° 3 Exp. 3846-2012-PA/TC. Multa por queja infundada. La utilidad de la interpretación sistemática.		
Video sugerido: VIDEO: El mercader de Venecia (2004) - Shakespeare - Parte 10 de 12: La interpretación literal. Lo relevante no es el método sino la justificación del resultado de la interpretación.		

UNIDAD IV : PRINCIPIOS Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1) Tres tesis fundamentales de la teoría de los principios alexiana.	• Identifica los fundamentos de test de proporcionalidad,	• Actitud analítica y crítica sobre el Test de

1.1. La tesis de la optimización 1.2. La ley de la Colisión 1.3. La ley de la ponderación. 2. Pautas para aplicar el test de proporcionalidad 2.1. Preparación para el desarrollo del test 2.2. Desarrollo del test.	utilizando un enfoque razonado. • Analiza casos en los que se ha aplicado el test. • Aplica el test de proporcionalidad a un caso real.	proporcionalidad
Lectura Sugerida: Lectura N° 6 • Carlos BERNAL PULIDO (2003). Estructura y límites de la Ponderación. <i>Doxa</i> 26.		
Caso sugerido: Caso N° 4 • Exp. N° 0037-2012-PA/TC. Analizar la aplicación del test de proporcionalidad en el caso.		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Argumentación Jurídica” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

El docente hará una explicación de los temas considerados en el curso para lo cual se usará el 30% aproximadamente del tiempo del curso. El porcentaje restante se desarrollará trabajos de análisis de casos, evaluación

de argumentos y solución de casos reales, los que permitirán evaluar los argumentos y las soluciones en cada caso.

Para el trabajo en clases, se organizarán a los discentes en grupos. Luego el docente formulará preguntas referidos a un caso comprendido en el material. Cada grupo sustentará su respuesta de manera oral, motivándose la creación de un espacio de intercambio y discusión de argumentos.

Cada caso, en la medida que el tiempo lo permita, podría ser un ejercicio para que los discentes propongan cuál será el problema relevante en el caso.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

El método de evaluación será el participativo. El docente evaluará y calificará la participación del alumno en el trabajo en el aula. Lo que interesa es que el alumno en las intervenciones que realice, demuestre estar manejando adecuadamente lo desarrollado en el curso.

El docente evaluará y calificará la participación del alumno considerando las siguientes pautas:

CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN DEL DISCENTE	
1.- Preparación:	En sus respuestas demuestra haber leído y comprendido el material de lectura y los temas desarrollados en clases.
2.- Identificación del problema:	En la presentación de su respuesta se advierte orden y precisión en la identificación del problema: identifica los datos relevantes del caso diferenciándolos de aquellos accesorios o menos importantes considerando el problema que presenta el caso.
3.- Sustenta la premisa fáctica del razonamiento.-	Forma su opinión considerando los hechos relevantes del caso: los identifica y califica jurídicamente. Sustenta su criterio.
4.- Sustenta la premisa normativa del razonamiento.-	Forma su opinión considerando el marco normativo relevante para el caso: Identifica las normas jurídicas y sustenta su elección e interpretación. Sustenta su criterio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Ángeles RÓDENAS (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons. Madrid.
- Aulis AARNIO, Manuel ATIENZA y Fco. J. LAPORTA (2010) *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Carlos BERNAL PULIDO (Ed) (2011). *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Rober Alexy*.
- Carlos BERNAL PULIDO (2003). *Estructura y límites de la Ponderación*. Doxa 26.
- Elmer Guillermo ARCE ORTIZ (2013). *Teoría del Derecho*. Fondo Editorial PUCP.
- Giovanni TARELLO. *La interpretación de la ley* (2013). Palestra.
- Gustavo ZAGRABELSKY (2014). *La ley y su justificación. Tres capítulos de justicia constitucional*. Ed. Trotta.
- Hans Kelsen (1982). *Teoría pura del Derecho*. UNAM. 1982.Trad. de 2da. Ed. Alemana. Vennengo.
- Luigi FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO (2014), *Un debate sobre los principios constitucionales*.Palestra
- Luis Martínez ROLDAN y Jesús Aquilino FERNÁNDEZ SUARÉZ (1994). *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Ariel, Barcelona.
- Manuel ATIENZA (2004), *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Editorial Palestra.
- ____ (2013), *Curso de Argumentación Jurídica*. Trotta.
- Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra-Temis. Lima. Bogotá
- Marcial Rubio CORREA (2003). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo PUCP. Octava Edición.
- Neil MacCormick (2016). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Palestra.
- Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Trotta, Madrid.
- Ricardo GUASTINI (2014). *Interpretar y argumentar*. CECPyC. Madrid.
- Robert ALEXY (2007), *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra.
- _____. *Sobre la estructura de los principios*. Universidad de Externado.
- Ronald DOWRKIN (1995). *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona.
- SAVIGNY, F. C. von (1879), *Sistema de Derecho romano actual*, vol. 1, trad. De J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial Góngora, Madrid.
- Susana POZZOLO y Rafel ESCUDERO (2011), *Disposición vs. norma*. Palestra, Lima.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecutará el Curso “Argumentación Jurídica” en el marco de actividades del Programa de Formación de Aspirantes, que tiene por finalidad la formación de aspirantes a jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en cuatro unidades con los siguientes ejes temáticos: El Magistrado del Estado Constitucional, Justificación de la Decisión Jurídica, Interpretación Jurídica y Test de Proporcionalidad.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente curso el discente esté en la capacidad de comprender la importancia y las exigencias mínimas necesarias de la justificación de la decisión jurídica e Identificar y usar los niveles de exigencia de racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad como método para resolver conflictos entre principios.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

En el presente Curso de ARGUMENTACIÓN JURIDICA, se trabajarán cuatro unidades: I.- El magistrado del Tribunal Constitucional; II.- La justificación de la decisión jurídica; III.- Interpretación jurídica; y, IV.- Principios y test de proporcionalidad. Luego de estudio de cuatro unidades el discente debe estar en condiciones de conocer, comprender y desarrollar argumentativamente el contenido necesario para tener una decisión bien justificada, según los estándares constitucionales, doctrinarios y del precedente del CNM.

En nuestro medio, institucionalmente existen dos parámetros respecto a la calidad de la decisión del magistrado: uno legislativo y otro administrativo. El parámetro legislativo está constituido por los Criterios de evaluación de la calidad de las resoluciones, establecidas en el artículo 70 de la Ley de la Carrera Judicial: 1. Comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; 2. la coherencia lógica y solidez de la argumentación utilizada para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; 3. la congruencia procesal; y, 4. el manejo de jurisprudencia pertinente al caso. Esto concuerda con el parámetro administrativo establecido por el Consejo Nacional de la Magistratura en la Resolución N° 120-2014-PCNM [28.05.14], el cual constituye precedente administrativo para la calificación de las decisiones de los magistrados en los procesos de ratificación y ascenso.

La Resolución N° 120-2014-PCNM el Consejo Nacional de la Magistratura ha establecido un PRECEDENTE ADMINISTRATIVO con la finalidad de establecer las reglas generales conforme a las cuales evaluará tanto las resoluciones judiciales, dictámenes, disposiciones fiscales, así como las actas y otros documentos producidos por los magistrados en el ejercicio de sus funciones, y que presenten en los procesos de evaluación integral y ratificación en todas las convocatorias que realice a partir de la fecha.

Falta de orden, ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia, incongruencias, insuficiencia argumentativa y el uso innecesario de citas doctrinarias y jurisprudenciales o poco relevantes para la solución del caso, son los errores más frecuentes que ha advertido el CNM en las resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos que presentan los magistrados para la evaluación de la calidad de sus decisiones.

Señala el CNM que, los magistrados, en la mayoría de casos, 1) “limitan su razonamiento transcribir el contenido de las normas aplicables al caso, sin efectuar procedimiento interpretativo alguno, sea de subsunción o ponderación de derechos fundamentales”; 2) “Suelen reemplazar su razonamiento a través de la transcripción de extractos de la actuación probatoria —testimoniales, pericias, inspecciones, etc. — sin valorar el aporte objetivo de los mismos a su decisión”.

La comprensión jurídica del problema y la calidad de la argumentación exige una clara “identificación y descripción del tipo de problema a resolver, es decir, si se trata de un problema sobre fijación de los hechos materia de discusión, de prueba, de interpretación o de calificación jurídica” [fundamento 13].

Cada unidad tiene un desarrollo introductorio cuya finalidad es facilitar al discente la comprensión de los temas. Para ello se ha buscado usar un lenguaje sencillo y hacer aplicaciones a casos reales, para hacer más comprensible la teoría. El desarrollo introductorio no busca sustituir la lectura de los textos que se indican al final de cada unidad. Para aprobar el curso es indispensable estudiar todo el material del curso: El Manual auto instructivo, las lecturas y los casos que se presentan al final.

Junio, 2016.

INDICE

Presentación.....	11
Introducción.....	12
UNIDAD I: EL MAGISTRADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	18
Presentación y Preguntas Guía.....	19
1. El Derecho. Exigencias y complejidades actuales.....	20
2. El rol del juez en el Estado Constitucional. Diferencias con el paradigma del juez en el Estado de Derecho Legislativo.....	21
Resumen.....	23
Autoevaluación.....	24
Lecturas Obligatorias.....	25
Caso sugerido.....	26
UNIDAD II: JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA.....	27
Presentación y Preguntas Guía.....	28
1. Justificación Interna.....	29
Actividad en Clase N° 1.....	32
Actividad en Clase N° 2.....	33
2. Justificación Externa.....	34
3. Cuatro problemas relevantes que requieren justificación externa	34

4. Criterios de corrección de la justificación jurídica.....	37
Actividad en Clase N° 3.....	40
Resumen.....	41
Autoevaluación.....	42
Lectura obligatoria.....	43
Caso sugerido.....	44
UNIDAD III: INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	45
Presentación y Preguntas Guía.....	46
1. La Centralidad de la Interpretación en la práctica del derecho.....	47
2. Concepciones sobre la interpretación jurídica.....	48
2.1. Teoría Cognitiva: La interpretación como acto de conocimiento.....	49
2.2. La Interpretación como acto de voluntad.....	52
2.3. La Interpretación como una actividad integral (concepción intermedia).....	53
2.4. Disposición y norma en la interpretación jurídica. Fundamento de las sentencias interpretativas.....	55
3. ¿Por qué se necesita interpretar?.....	57
3.1. ¿Solo se interpreta cuando el texto es oscuro?.....	57
3.2. Otros casos problemáticos de interpretación.....	60
Caso 1.....	60

Caso 2.....	61
Caso 3.....	62
4. La interpretación como actividad necesaria.....	63
5. ¿Debemos abandonar el método de la interpretación literal?.....	64
6. Interpretación constitucional.....	68
7. Interpretación jurídica y derrotabilidad de las normas.....	70
7.1. Derrotabilidad a nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas.....	71
7.2. Derrotabilidad a nivel de la justificación subyacente a las reglas.....	72
7.3. Derrotabilidad radical de las normas.....	73
7.4. Interpretación y derrotabilidad.....	74
Actividad en Clase Nº 4.....	75
Resumen.....	76
Autoevaluación.....	77
Lecturas obligatorias.....	78
Video Sugerido.....	79
Caso sugerido.....	80
UNIDAD IV: EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.....	81
Presentación y Preguntas Guía.....	82
1. Tres tesis fundamentales de la teoría de los principios alexiana.....	84

2. Pautas para aplicar el test de proporcionalidad.....	86
REGLAS Y PRINCIPIOS. TRES CRITERIOS DIFERENCIADORES.....	91
Actividad en Clase N° 5.....	92
Resumen.....	93
Autoevaluación.....	94
Lecturas obligatorias.....	95
Casos sugeridos.....	96

UNIDAD I



EL MAGISTRADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN

Esta primera unidad busca explicar el cambio del paradigma del Estado de Derecho Legislativo al Estado de Derecho Constitucional. Se trata de poner a disposición de los dicentes los principales aspectos de dicho cambio, tanto desde el punto de vista de la teoría como desde la observancia de sus implicancias en la práctica de la aplicación del Derecho. Las teorías solo son buenas en la medida que aporten a una aplicación del Derecho funcional a la tutela de los derechos.

La unidad busca, entonces, despertar en el alumno la comprensión de la necesidad de ver el Derecho desde el punto de vista funcional y no agotado en conceptos abstractos. Sin embargo, esto no significa una invitación para volcarse al casuismo jurídico: para resolver los casos, ignorando los parámetros institucionales del Derecho. En el desarrollo del curso, se ira haciendo precisiones para evitar esa reacción, que claramente será una distorsión, perjudicial.

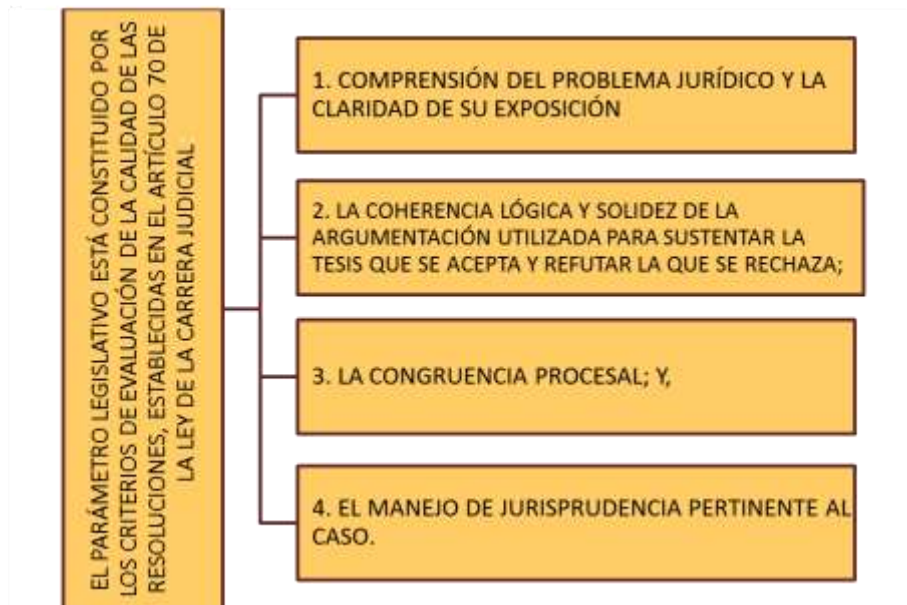


PREGUNTAS GUIA

1. Si el Derecho es un orden justificado ¿dónde radica la justificación —el fundamento— de dicho orden?
2. Qué implicancias tiene para el razonamiento justificativo la afirmación de que “el derecho es un orden justificado”
3. ¿La justificación del Derecho viene dado solo —y en la— por la legislación?

1. EL DERECHO. EXIGENCIAS Y COMPLEJIDADES ACTUALES

Institucionalmente existen dos parámetros respecto a la función del magistrado: uno legislativo y otro administrativo.

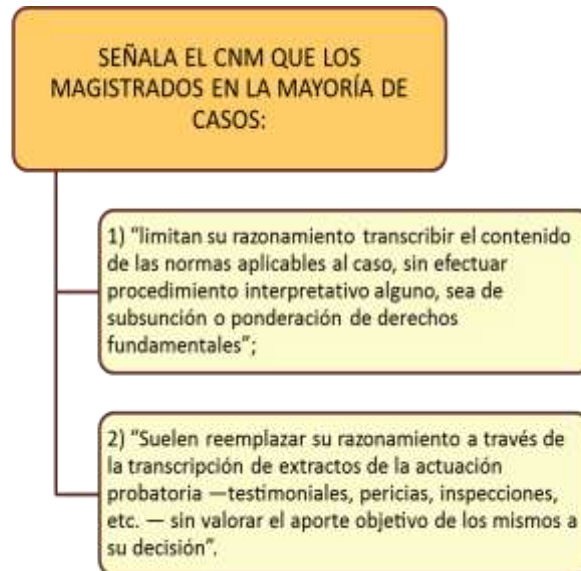


Esto concuerda con el parámetro administrativo establecido por el Consejo Nacional de la Magistratura en la Resolución N° 120-2014-PCNM, el cual constituye precedente administrativo para la calificación de las decisiones de los magistrados en los procesos de ratificación y ascenso.

En la Resolución N° 120-2014-PCNM [28.05.14] el Consejo Nacional de la Magistratura ha establecido con la calidad de, precedente administrativo, las reglas generales conforme a las cuales evaluará tanto las resoluciones judiciales, dictámenes, disposiciones fiscales, así como las actas y otros documentos producidos por los magistrados en el ejercicio de sus funciones, y que presenten en los procesos de evaluación integral y ratificación en todas las convocatorias que realice a partir de la fecha.

Falta de orden, ausencia de claridad, errores de sintaxis y ortográficos, redundancia, incongruencias, insuficiencia argumentativa y el uso innecesario de citas doctrinarias y jurisprudenciales o poco relevantes para la solución del caso, son los errores más frecuentes que ha advertido el CNM en las

resoluciones, dictámenes, disposiciones y otros documentos que presentan los magistrados para la evaluación de la calidad de sus decisiones.



La comprensión jurídica del problema y la calidad de la argumentación exige una clara “identificación y descripción del tipo de problema a resolver, es decir, si se trata de un problema sobre fijación de los hechos materia de discusión, de prueba, de interpretación o de calificación jurídica” [fundamento 13].

2. EL ROL DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. DIFERENCIAS CON EL PARADIGMA DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO LEGISLATIVO

Estas exigencias, de forma y de fondo, para con el razonamiento jurídico despiertan incomprensiones y cuestionamientos cuando se pretende aplicarlas precisamente como parámetros de control de la calidad de las decisiones fiscales o jurisdiccionales. La primera resistencia tiene que ver con nuestra formación —o deformación, podría decirse mejor— formalista, legalista del Derecho. No es posible —se dice— exigirle “tanta” argumentación a un juez o fiscal que tiene que trabajar en condiciones logísticas muy limitadas y con una carga procesal realmente agobiante, sin acceso a internet o a un sistema informático como el SPIJ del Ministerio de Justicia.

Este tipo de argumento de oposición es una razón explicativa más no puede funcionar como una justificación. El razonamiento formalista —meramente legalista— es producto de un paradigma en la concepción y aplicación del Derecho: el Estado de Derecho Legislativo. Ahora estamos viviendo la vigencia de un paradigma distinto: El Estado Constitucional de Derecho. Tener conciencia de este cambio ayudará a comprender y asumir las nuevas exigencias de justificación de la decisión jurídica.



En efecto, el cambio del paradigma del Estado de Derecho Legislativo (EDL) al del Estado Constitucional de Derecho (ECD) implica necesariamente un cambio en el tipo de argumentación que corresponde desarrollar para sustentar una decisión jurídica. La justificación jurídica en el EDL, vista desde la perspectiva del EDC, presenta serias limitaciones al agotarse en el mero razonamiento subsuntivo. En el ECD las razones formales (la sola invocación de la ley) no son suficientes para considerar válida una decisión. A continuación trataremos de profundizar sobre esto.



RESUMEN

El Derecho es un producto social, cultural. Como tal, responde —o debe responder— a la realidad social y cultural del tiempo en el que se aplica. Hay momentos en los que determinado fundamento del Derecho adquiere hegemonía, luego —con los cambios sociales y culturales— ese discurso empieza a presentar limitaciones y surge la necesidad de un nuevo fundamento. Así fue desde la fundamentación teológica —en sus orígenes— hasta los tiempos actuales, donde **la dignidad del ser humano y la tutela de los derechos** vienen a ser el fundamento principal que explica la existencia y la legitimidad del Derecho.

El que **la dignidad del ser humano y la tutela de sus derechos** sea el fundamento de la validez del Derecho y su consiguiente obligatoriedad, implica un cambio sustancial de lo que entenderemos por “lo jurídico”. Ya no será la simple autoridad y su creación —la ley— la que agote el concepto de Derecho. La relación forma (Ley) y sustancia (justicia) presentan nuevas aristas que tienen implicancias directas en la solución jurídica de problemas reales en el Derecho.

Por eso, en el Estado Constitucional de Derecho, el rol del juez se sustenta y se legitima no en la simple aplicación mecánica del mandato de la autoridad (la legislación) sino en la tutela de los derechos. Entender este proceso y las implicancias de los tiempos actuales en el Derecho, es una obligación del magistrado o del que pretende ser magistrado.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cómo se explica el rol del magistrado en el estado legislativo de derecho?

2. ¿Cómo se explica el rol del magistrado en el estado constitucional de derecho?

3. ¿Considerando las respuestas dadas a las preguntas anteriores identifique un caso real (de su experiencia profesional o de la jurisprudencia nacional) en el que se evidencie las implicancias del rol de magistrado en el estado constitucional de derecho?



LECTURAS OBLIGATORIAS

Lectura N° 1:

- Gustavo ZAGREBELSKY. "En los orígenes de la cuestión". En: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Trotta. Madrid, 2014, pp.17-38.

Lectura N° 2:

- Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ. "El Estado Constitucional: implicancias en materia de modelo de juez". En: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Trotta, Madrid, 2015. Pp. 119-138.

(Disponible en el anexo de lecturas).

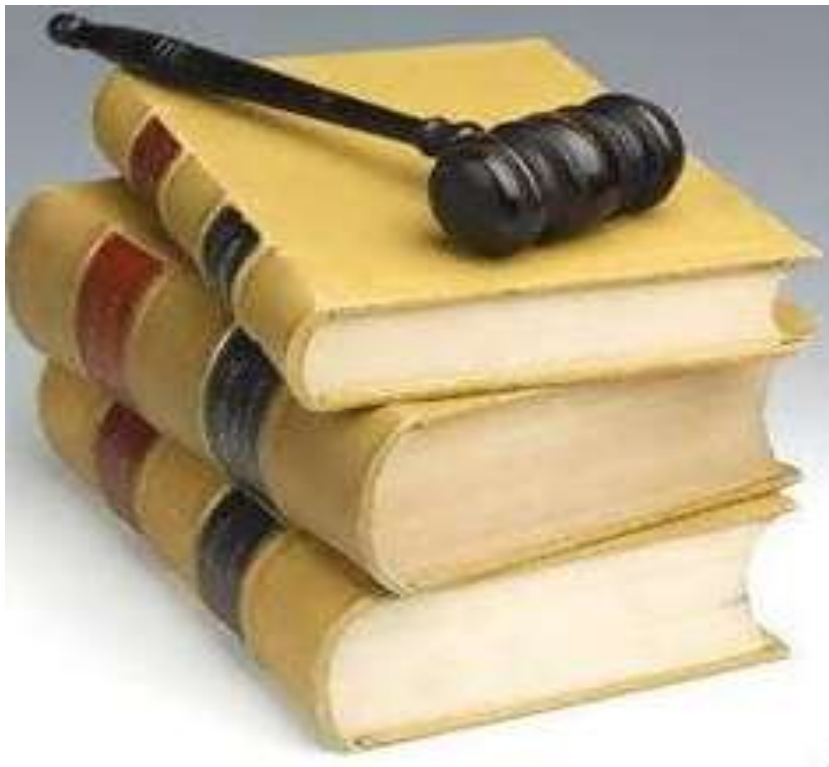


CASO SUGERIDO

Caso 1:

- Res. Jef. N° 1011-2005-RENIEC. Imposibilidad legislativa para realizar una adopción de persona mayor de edad. Analizar el caso considerando la legislación vigente en el momento en que se resolvió y luego de la modificación del artículo 22 del C.c.

UNIDAD II



JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA

PRESENTACIÓN

Esta segunda unidad del curso centra su interés en el estudio de los esquemas de justificación de la decisión jurídica: justificación interna y justificación externa. La justificación de la decisión jurídica es el centro de la actividad del magistrado. Todo cuanto se produce dentro de un proceso u actuación fiscal o judicial tiene que estar orientado a obtener insumos para la justificación de la decisión jurídica a adoptar.

En esta unidad, más que definiciones absolutas sobre dichos conceptos, se busca proporcionar al discente un esquema de razonamiento, que pueda ser usado como una guía para desarrollar una justificación jurídicamente válida. El interés pedagógico, entonces, no es que el alumno memorice el concepto de cada tipo de justificación sino que la aprehenda —la conozca y comprenda— de tal manera que conociendo las posibilidades y limitaciones de cada tipo de justificación jurídica use lo aprehendido como un esquema de trabajo, tanto para construir argumentos como para analizar la estructura de argumentos a cuya revisión se podría abocar en la práctica del derecho.

En la clase se desarrollará trabajos en grupo de reconstrucción de la justificación interna y externa en el caso previsto en esta unidad. Luego se buscará la intervención analítica y crítica del alumnos respecto a la forma cómo se resolvió o de cómo se debió resolver el caso para satisfacer las exigencias institucionales de la justificación de la decisión jurídica.



PREGUNTAS GUIA

1. ¿Por qué es necesario justificar la decisión jurídica?
2. ¿Es lo mismo justificar que explicar una decisión?
3. Se dice que el juez o fiscal solo está sujeto a la ley, es más se dice que el fiscal “es el defensor de la legalidad” ¿esto significa que el magistrado no tiene más obligación que citar la disposición literal como sustento de su decisión?

JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JURÍDICA

La exigencia de justificación de las decisiones jurídicas es un instrumento que sirve para controlar la arbitrariedad y/o el error en la decisión. Para que una decisión judicial esté justificada jurídicamente, ésta debe estar, si y solo si, interna y externamente justificada. Qué significa esto? Veamos:

1. JUSTIFICACIÓN INTERNA

“Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico» [Rober ALEXY, 2007].

La justificación interna tiene que ver con la estructura lógica —coherencia lógica— del razonamiento: una decisión jurídica estará justificado internamente si y solo si la conclusión sea la consecuencia lógica necesaria de las premisas (normativas y fácticas) invocadas [MORESO y VILAJOSANA, 2004].

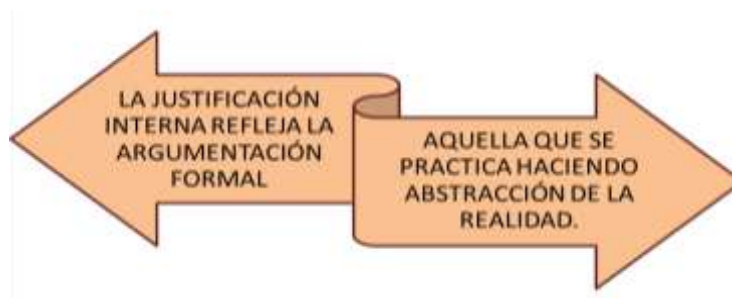
El esquema de la justificación interna es el siguiente:

[PM] PREMISA MAYOR	: NORMAS
[Pm] Premisa Menor	: Hechos del caso
[C] Conclusión	: Decisión

Veamos otro ejemplo:

I	II
[PM] Todos los limeños, son peruanos.	[PM] Todos los limeños, son peruanos.
[Pm] Carlos es limeño.	[Pm] Carlos es peruano.
[C] Carlos es peruano.	[C] Carlos es limeño.

¿Los dos esquemas de razonamientos formales serán lógicamente válidos?



Desde esta dimensión de la argumentación no se dice nada sobre la verdad de las premisas que se usan, se dan y se asumen como válidas. Allí radica precisamente una de sus limitaciones.

Apliquemos estas ideas sobre justificación interna a situaciones de toma de decisiones estrictamente jurídicas:

a. Conclusión del proceso por inasistencia a la audiencia

Silvia Patricia López Falcón inició un proceso de alimento contra el padre de su menor hijo. La fecha para la audiencia única fue programada para el día 18 de febrero de 2011, a las 12:00 horas. Por motivos de salud de su hija mayor, llegó con dos minutos de retraso, es decir, cuando ya la secretaria cursora había culminado con el llamado a las partes. En ese momento se apersonó al juzgado, y la juez le indicó que resolvería con la razón de la Secretaría y la justificación pertinente. Sin embargo, la juez no ha considerado la justificación presentada, dando por concluido el proceso y ordenando su archivamiento, toda vez que se ha comprobado la inasistencia de las partes a la audiencia programada.

Preguntas guía:

- 1.- ¿Cuál sería la estructura de la justificación interna de la decisión de dar por concluido el proceso por inasistencia de las partes?
2. ¿Considera que dicha decisión está justificada internamente?

Conclusión del proceso por inasistencia a la audiencia	
Premisa Mayor (premisa normativa)	: Si las partes no asisten a la audiencia, concluye el proceso (Art. 203 del CPC).
Premisa menor (Premisa fáctica)	: En este caso, las partes no asistieron a la audiencia.
Conclusión	: Se debe dar por concluido el proceso, por inasistencia de las partes [STC N° 04058-2012-PA/TC]

b. Multa por queja infundada

Luigi Calzolaio interpuso un recurso de queja en un proceso civil. Dicho recurso fue declarado infundado, motivo por el cual Luigi es condenado al pago de costas y costos y de una multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404 del C.P.C., el cual establece que "Si se declara infundada la queja, se condenará al recurrente al pago de las costas y costos del recurso y al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal".

Pregunta guía:

- 1.- ¿Cuál sería la estructura de la justificación interna para aplicarle la multa a Luigi?
2. ¿Considera que dicha decisión está justificada internamente?

Multa por queja infundada	
Premisa mayor (premisa normativa):	: Si se declara infundada la queja, se condenará al recurrente al pago de las costas y costos del recurso y al pago de una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal. (Art.404 del CPC).
Premisa menor (Premisa fáctica)	: En este caso, se declaró infundada la queja.
Conclusión	: Se debe condenar al recurrente al pago de las costas y costos y de una multa. [STC N° 03846-2012-PA/TC]

ACTIVIDAD EN CLASE N° 1**(Trabajo en grupo)**

Luego de analizado el concepto de justificación interna y desarrollado los dos casos precedentes, los discentes deben leer la CAS. N° 2414-2006- CALLAO. Divorcio imposible, y reconstruir la estructura de la justificación interna del razonamiento que sustenta la improcedencia del divorcio. Se debe: identificar y redactar la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión (decisión).

Desde una perspectiva analítica y crítica, los discentes compararán la estructura lógica de la justificación interna, y comentarán —con la dirección del docente— las virtudes y limitaciones de la justificación interna en el caso concreto.

Caso 1: CAS. N° 2414-2006- CALLAO. Divorcio imposible	
Premisa mayor (premisa normativa):	
Premisa menor (Premisa fáctica) :	
Conclusión :	
<i>[CAS. N° 2414-06 CALLAO. Divorcio por causal de separación de hecho]</i>	

ACTIVIDAD EN CLASE N° 2**(Trabajo en grupo)**

Realice el mismo ejercicio considerando la Resolución Jefatura N° 1011-2005-JEF-RENIEC. Se debe generar un dialogo en el aula respecto a las implicancias de agotar la justificación jurídica solamente en la justificación interna en este caso.

Caso 2: adopción imposible	
Premisa mayor (premisa normativa):	
Premisa menor (Premisa fáctica) :	
Conclusión :	
<i>[Resolución Jefatural N° 1011-2005-JEF/RENIEC]</i>	

Con la dirección del docente, responda las siguientes cuestiones:

- 1) En ambos casos: ¿La decisión [conclusión] se encuentra justificada internamente? ¿Es correcta la justificación interna de la decisión?
- 2) Además de asegurar coherencia lógica ¿para qué más será útil el análisis de la justificación interna del razonamiento?
- 3) ¿La corrección formal es suficiente garantía de la validez jurídica de la decisión?

2. JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Un razonamiento justificativo tiene que ser coherente, no tiene que incurrir en contradicciones lógicas. La conclusión que se pretenda sustentar tiene que ser la consecuencia lógica derivada de las premisas que se invocó. Sin embargo, la sola coherencia lógica, siendo necesaria, no resulta suficiente para hablar de una decisión jurídicamente justificada, hace falta que tal decisión además se encuentre externamente justificada.



“Mientras que la justificación interna se refiere a la validez lógica que une las premisas con la conclusión de un argumento, la justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de sus premisas” [MORESO y VILAJOSANA, 2004]. Esto nos enfrenta directamente con la necesidad de evaluar la consistencia tanto de la premisa normativa como de la premisa fáctica. Hacer justificación externa implica entonces fundamentar cada una de las premisas —normativa y fáctica— usadas en la justificación interna, por eso se dice que “El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna” [Robert Alexy, 1997].

Tal fundamentación de las premisas tiene que ver principalmente con la sustentación de las cuestiones que se presentan respecto a cada una de las premisas del razonamiento. A continuación veamos estos problemas.

3. CUATRO PROBLEMAS RELEVANTES QUE REQUIEREN JUSTIFICACIÓN EXTERNA

¿Por qué es necesario —y no simplemente *deseable*— analizar la fundamentación de las premisas fácticas y normativas? Porque cuando miramos las premisas usadas en la justificación interna, nos damos cuenta que surgen inmediatamente cuatro **(4) tipos de problemas relevantes** que exigen necesariamente una fundamentación jurídica. ¿Cómo así surgen estos cuatro problemas? Veamos:

Tenemos que darnos cuenta —aunque suene a Perogrullo— que las decisiones jurídicas se presentan siempre en un contexto en el que existe por un lado un conjunto de **hechos** (reales o supuestos) y por el otro lado, determinadas **disposiciones legales** que, considerando aquellos hechos, se

invocan —directa o indirectamente— para sustentar pretensiones excluyentes. El carácter excluyente de las pretensiones es lo que materializa la controversia jurídica. Las disposiciones legales —propriadamente normas jurídicas¹— y los hechos del caso concreto, corresponden recíprocamente a la premisa mayor y a la premisa menor de la estructura silogística de la justificación interna que ya vimos.

En tal escenario, en la práctica de la aplicación del derecho, una parte puede [1] negar la existencia de un hecho invocado por la otra parte y/o alegar hechos distintos y opuestos; o, [2] reconociendo la existencia del hecho invocado por la otra parte, puede, sin embargo, considerar que tal hecho no justifica aquello que pretende esa parte. O, también, una parte puede invocar determinada disposición legal como sustento de su pretensión y la otra puede [3] negar la aplicabilidad de dicha disposición legal porque considera que no tiene relación con los hechos, o [4] admitiendo que tal o cual es la disposición legal aplicable al caso, sin embargo considera que otra es la norma jurídica adecuada a ese caso, por lo que cuestiona no la disposición legal invocada por la otra parte sino el resultado —la norma jurídica— invocada.

Como se puede advertir, allí están presentes los cuatro tipos de problemas que se identifica claramente cuando se pretende hacer un análisis de fundamentación de las premisas de la justificación interna. En efecto, [1] y [2] son problemas relativos a los hechos que se invocan como sustento de la decisión, tienen que ver con la premisa fáctica del razonamiento justificativo de la decisión. Estos problemas pueden estar referidos a demostrar que determinado hecho sucedió o no en la realidad, en cuyo caso estaremos ante un **Problema de prueba [1]**. Sea que, reconociendo la ocurrencia de los hechos, las partes no están de acuerdo respecto a los efectos jurídicos de esos hechos, en cuyo caso estaremos ante un **Problemas de calificación jurídica de los hechos [2]**:

4 Problemas Relevantes:

- En la premisa normativa:
Problemas de *Relevancia* y *Problemas de Interpretación*
- En la premisa fáctica:
Problemas de Prueba;
Problemas de calificación de hechos.

¹ Con la expresión *norma jurídica* nos referimos al sentido interpretativo, a aquello que se está entendiendo de la disposición legal. Entendemos por *disposición legal*, al texto, al enunciado lingüístico. Más adelante precisaremos estos términos.

Los dos últimos problemas [3] y [4], no tienen que ver con los hechos sino con las disposiciones legales o —más precisamente— con las normas jurídicas. Son problemas que atañen a la premisa normativa del razonamiento justificativo de la decisión. Si una de las partes no está de acuerdo con la disposición legal invocada por la otra, entonces estaremos ante un **Problema de relevancia [3]**, una considera que la disposición legal aplicable es “A” y la otra considera que es “B”, donde “A” y “B” son incompatibles en sus consecuencias. También puede suceder que las partes estén de acuerdo con cuál es la disposición legal aplicable al caso concreto, pero discrepan de la interpretación que corresponde hacer de tal disposición legal, en tal caso estaremos ante un **Problema de interpretación [4]**.

Esta clasificación de los problemas relevantes no tiene un propósito ontológico, solo pretende presentar un esquema que sirva como una guía metodológica que permita identificar las áreas de la práctica del derecho en las que es necesario poner atención en su identificación y énfasis en su fundamentación.



Frecuentemente se considerará que un hecho no permite acreditar una pretensión (no está probado) porque ese mismo hecho se está calificando de distinta manera, con lo que los problemas de prueba pueden venir mimetizados con problemas de calificación. Igual sucede con los problemas con la premisa normativa: frecuentemente se dice que una disposición legal no es aplicable a un caso concreto, porque se la está interpretando de una manera distinta, lo importante para la práctica, en estos casos, será identificar la norma jurídica que cada uno está “viendo” detrás del texto.

Esto nos permite afirmar que lo importante para la práctica, no es tener clasificaciones absolutas. Las clasificaciones no tienen valor ontológico,

como decíamos. Sirven para ordenar un ámbito del conocimiento o de la práctica. En consecuencia, solo serán útiles en tanto sirvan a ese fin, de allí que las clasificaciones deben ser usadas de manera pragmática: en tanto sirvan a mejorar la práctica. En esta línea de utilidad, Atienza, por ejemplo, señala que “aunque los problemas de interpretación y de calificación sean lógicamente equivalentes, hay razones de tipo procesal (que tienen que ver con la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho) para mantener aquella distinción” (Atienza, 2004: 180)

En síntesis, podremos decir, entonces: una decisión jurídica estará bien justificada cuando se encuentra justificada internamente (la decisión es la consecuencia lógica necesaria de las premisas invocadas) y cuando en su argumentación, se incluyan ‘razones que permitan fundamentar—según cómo se presenten en el caso concreto— cada uno de esos cuatro problemas: de prueba, de calificación (esto respecto a los hechos, a la premisa fáctica del razonamiento) y de relevancia o de interpretación (esto respecto a las disposiciones legales, a la premisa normativa del razonamiento).



4. CRITERIOS DE CORRECCIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

Un razonamiento justificativo será correcto desde el punto de vista de la justificación interna cuando su conclusión se infiere, de manera necesaria, de las premisas invocadas en el razonamiento. En resumen, podría decirse que la es correcta la justificación interna cuando dicho razonamiento siga las reglas de la lógica.



La corrección del razonamiento en la justificación externa requiere de otras consideraciones, de otros criterios de corrección. En buena cuenta, lo que se necesita responder es a la siguiente pregunta ¿Qué significa argumentar jurídicamente cuando no resulta suficiente la justificación interna? Esto es, cuando no es suficiente el razonamiento meramente deductivo, según el cual es correcta una decisión cuando ésta deriva lógicamente de las premisas fácticas y jurídicas invocadas.

En esta parte, la doctrina sigue a MacCormick. Dicho en forma concisa, la tesis de MacCormick “consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil [léase cuando no es suficiente la justificación interna, cuando se necesita hacer justificación externa] significa en primer lugar 1) **cumplir con el**

requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa, que cumpla con los requisitos de 2) **consistencia** y de **coherencia**) y en relación con el mundo (lo que significa, que el argumento decisivo, dentro de los límites marcados por los anteriores criterios, es un argumento 3) **consecuencialista**) (Atienza, 2004:181)

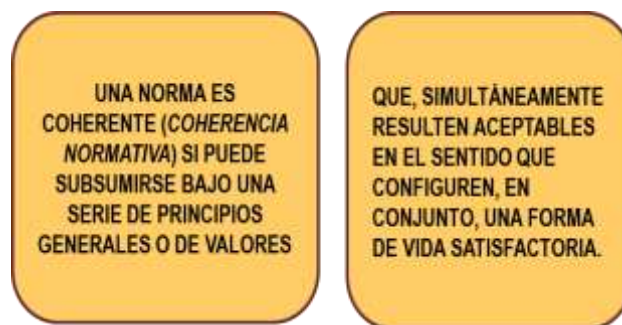


- 1) Se cumplirá con el requisito de la **universalidad**² cuando se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial), se necesita, entonces, un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las mismas circunstancias sustantivas, debe tomarse la misma decisión.
- 2) Cuando se habla de **consistencia** y **coherencia** lo que se viene a indagar es cómo justificar la elección de una norma general, lo cual nos ubica de lleno en la justificación externa. Que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa que sea consistente y coherente con el sistema jurídico.
 - 2.1. Se satisface el requisito de *consistencia* cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. Aplicando esto a los magistrados alude a la obligación de no infringir el Derecho (no debe leerse aquí *Derecho* como sinónimo de ley, necesariamente) y, en relación con los hechos,

² Se sigue en esta parte a Atienza, 2004, Op. Cit.

alude a la obligación de ajustarse a la realidad en materia de pruebas.

Si bien la coherencia es un presupuesto importante para la corrección del razonamiento justificativo, pero no es suficiente. Tanto en relación con los hechos como en relación con las normas, las decisiones deben además ser **coherentes. Se distingue dos tipos de coherencia: la normativa y la narrativa.**



Por su parte la coherencia narrativa suministra proporciona un test en relación con las cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, esto es por observación inmediata de los hechos. El test de coherencia narrativa justifica que asumamos creencias —y rechacemos otras— en relación con los hechos del pasado, porque consideramos al mundo exterior como algo explicable en términos de racionalidad.

Un ejemplo ayudará a identificar y comprender la diferencia entre consistencia y coherencia. Imaginemos que una disposición legal establece que solo se permitirá el ingreso a clases si es que las mujeres vienen vestidas de sastre y los varones, de frak. Una disposición así sería *consistente* con el sistema de normas que faculta al centro de estudios a emitir disposiciones de ordeno disciplina dentro del mismo. Sin embargo, si sometemos tal disposición a la mirada de su aceptabilidad desde el punto de la vida satisfactoria dentro del centro de estudios, obviamente que dicha disposición sobre la vestimenta no resulta coherente, se presenta como una medida innecesaria, sin un fin o propósito aceptable, racional.

- 3) Si bien es importante que una decisión tenga sentido con el sistema, ya que el razonamiento jurídico es una razonamiento institucionalizado, hay

parámetros normativos que se tienen que observar y cumplir, además de ello también se necesita que la decisión tenga relación con el mundo.

Siendo que el Derecho busca determinados fines, objetivos socialmente valiosos, la aplicación del Derecho no debe ignorar las consecuencias en



el mundo real. Esto es importante para la práctica de los magistrados: tener conciencia que su decisión generará ciertas consecuencias en el mundo ¿esas consecuencias es lo que el Derecho —quizás no la disposición legal o la norma en concreto y en abstracto— quiere, busca?

Al decir de Atienza, “la argumentación jurídica —dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia— es esencialmente una argumentación consecuencialista” (Op. Cit. Pág. 192).

ACTIVIDAD EN CLASE N° 3

(Trabajo en grupo)

Analice los casos referidos en las actividades en Clase 1 y 2 precedentes, u otro caso contenido en el material, y aplique los criterios de corrección de la justificación externa



RESUMEN

Como exigencia constitucional, la justificación (motivación) jurídica no es el campo de la subjetividad o arbitrariedad del operador. La decisión —para ser jurídicamente válida— debe estar interna y externamente justificada.

Habrà Justificación interna cuando es posible sustentar que la conclusión a la que se arribe sea la consecuencia necesaria de las premisas —fácticas y jurídicas— que se invoca en el razonamiento. Es importante poner atención en la necesidad de la consecuencia. Si las premisas invocadas solo permiten sustentar una conclusión probable, no hay justificación interna.

La justificación interna no es suficiente para sustentar jurídicamente una decisión. **Es necesario además que exista justificación externa**; esto significa validar las premisas invocadas en la justificación interna. Esta validación comprende tanto sustentar la premisa fáctica (cómo considero que un hecho está probado y cómo justifico la calificación jurídica de ese hecho probado) como la premisa normativa (cómo sustento la elección de la disposición legal que pretendo aplicar y cómo sustenta además la interpretación de dicha disposición legal) usada en el razonamiento.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cómo se practica la justificación interna de la decisión?

2. ¿Cómo se practica la justificación externa de la decisión?

3. ¿Por qué, para considerar jurídicamente válida una decisión, ésta debe satisfacer las exigencias de la justificación interna y externa?



LECTURA OBLIGATORIA

Lectura Nº 3:

- José Juan MORESO y Josep María VILAJOSANA (2004), Cap. VII. "Aplicación del Derecho". 2. "Justificación de las decisiones jurídicas". En: Introducción a la teoría del Derecho. Marcial Pons, Madrid. Pp. 175-184.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASO SUGERIDO

Caso 2:

- Exp. 4058-2012-PA/TC. Conclusión del proceso por inasistencia a la audiencia. –un caso de falta de justificación de las premisas usadas en el razonamiento de las instancias del poder judicial en el caso del proceso de alimentos y en el del proceso de amparo.

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD III



INTERPRETACIÓN JURÍDICA

PRESENTACIÓN

Esta tercera unidad del curso presenta uno de los aspectos más relevantes de la práctica del derecho, tanto que se ha señalado que “el Derecho es una práctica interpretativa”.

El desarrollo de esta unidad supone, como insumos, lo aprehendido en las unidades anteriores. Aquí, en la práctica interpretativa, se evidencian cuestiones fundamentales como cuál es la concepción del rol del juez en el estado constitucional de derecho (primera unidad); debe o no justificarse la elección y la interpretación de la premisa normativa o resulta suficiente transcribir el texto de la disposición legal (segunda unidad).

Se hará un repaso breve sobre los conceptos tradicionales de la interpretación, en tanto orientados a limitar la interpretación a una práctica meramente semántica, para luego analizar casos que evidencien que la interpretación no puede limitarse a una cuestión de semántica, que en cada caso las particularidades del mismo presentan la necesidad de que el intérprete busque la solución más allá del texto literal pero sin salirse del Derecho.

Sin embargo, siendo teniendo el derecho una función normativa, directiva de las conductas sociales, esa función no debe desdeñarse al extremo de dejar de lado la disposición legal: lo que interesa ser justificado no solo es la elección del criterio o método usado en la interpretación sino también —y quizás fundamentalmente— el resultado de la interpretación. Éste es el que debe resultar consistente con los principios y valores del ordenamiento jurídico y con coherente con la realidad en el que se presenta el caso. A través de un extracto de la película *El Mercader de Venecia* se trata de presentar la cuestión referida a cómo la utilidad de un método se encuentran en función de la justificación del resulta de la interpretación.



PREGUNTAS GUIA

1. ¿Qué significa ahora la expresión “cuando la disposición legal es clara no es necesario ni posible interpretarla”?
2. ¿En aplicación del Derecho solo interesa el conocimiento de la legislación?
3. ¿Es posible que una disposición legal clara, considerada en abstracto, pueda no serlo frente a un caso concreto?
4. ¿Es posible no aplicar una disposición legal aun cuando su supuesto de hecho se cumpla en un caso concreto?

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Como dijimos anteriormente los problemas sobre interpretación jurídica es uno de los dos problemas que se presentan en la fundamentación de la premisa normativa del razonamiento jurídico en la fase de justificación externa. El otro problema es el problema de relevancia, el cual tiene que ver con la fundamentación del porqué la norma jurídica invocada es la norma aplicable al caso concreto.

1. LA CENTRALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO

La actividad de interpretación es consustancial a la práctica del derecho. Esta realidad resulta claramente identificable si reconocemos como válidas las siguientes afirmaciones:

1) HAY UNA RELACIÓN DE NECESIDAD ENTRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD

2) EL DERECHO ESTÁ DESTINADO A SU APLICACIÓN;

3) EXISTE UNA RELACIÓN RECÍPROCA ENTRE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN.

Si aceptamos como válidas estas afirmaciones, entonces podemos concluir que el Derecho es interpretación, es una actividad interpretativa. Si desarrollamos estas ideas, entonces tendríamos el siguiente esquema:

i. Dónde hay sociedad, hay derecho. Eso es quizás una de las primeras lecciones que se recibe en las aulas de las facultades de derecho. En lenguaje más directo, esa frase significa que el Derecho existe porque el vivir en sociedad trae consigo la necesidad de la existencia de disposiciones legales que regulen las conductas en sociedad. El Derecho tiene pues una importante dimensión -podríamos decir- autoritativa, directiva o institucional: está con nosotros porque necesitamos tener

pautas para regular nuestra conducta en sociedad. Es en base a las disposiciones legales que podemos saber si una conducta está permitida o prohibida.

ii. El derecho está destinado a su aplicación. El derecho es como el poder: “poder que no se ejerce es poder que se pierde, es poder que no existe”, “Derecho que no se aplica, es derecho que no existe” y esto es así porque el Derecho tiene -como decíamos- una función directiva de las conductas humanas en sociedad, esa es su razón de ser. El Derecho -entonces- está destinado a su aplicación, es en su aplicación donde se define la eficacia del derecho, esto es “su valor práctico” [Gustavo Zagrebelsky, 2014: 138].

iii. Existe Relación recíproca entre aplicación e interpretación. La aplicación del Derecho requiere ineludiblemente su interpretación. Hay veces que la actividad interpretativa se realiza de manera tan “natural” que es como el respirar en el ser humano: es tan natural y permanente, que no reparamos que estamos respirando. Pero, el hecho que no siempre reparamos que estemos respirando, no significa que no estemos respirando. Esto es un claro ejemplo de que la existencia no -siempre- pasa por los senderos de la conciencia: el carácter necesario de la interpretación no siempre es resultado de un acto consciente.

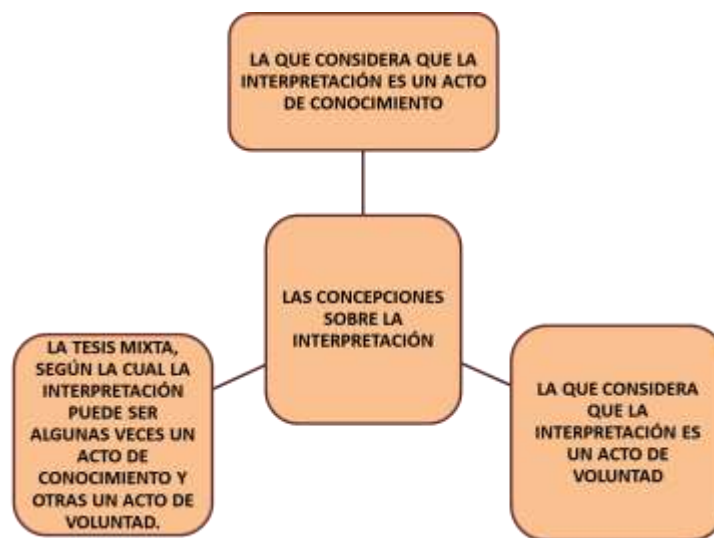
Si aceptamos las premisas i, ii, y iii, esto es: que el DERECHO es APLICACIÓN y que la APLICACIÓN es -o supone- INTERPRETACIÓN, entonces, por una especie de propiedad transitiva, podríamos concluir en que EL DERECHO ES INTERPRETACIÓN.

2. CONCEPCIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Siendo que la actividad de interpretación es tan consustancial al derecho, resulta relevante tener una noción respecto a en qué consiste la práctica interpretativa, cuándo o para qué se interpreta. Estas preguntas encierran las cuestiones realmente claves en Derecho.

De acuerdo a la finalidad del presente material, más que adentrarnos en temas teóricos —muy relevante, por cierto—, interesa presentar al dicente una

visión esquemática sobre la noción de interpretación jurídica, de tal manera que le permita analizar los casos previstos en el curso y, en alguna medida, adquirir aptitudes para su desempeño funcional en la práctica de todo magistrado. Así podemos encontrar tres concepciones sobre la interpretación: 1) la que considera que la interpretación es un acto del conocimiento; 2) la que considera que la interpretación es un acto de la voluntad; y, 3) la tesis mixta, según la cual la interpretación puede ser algunas veces un acto de conocimiento, otras veces un acto de voluntad, según las exigencias de los casos reales.



Veamos estas concepciones más detenidamente.

2.1. Teoría cognoscitivista: la interpretación como acto de conocimiento

Considera que interpretar es un acto del intelecto, es un acto del conocimiento. Interpretamos para llegar a conocer qué es lo que dice la disposición legal, el texto. Es así como, por ejemplo, un importante manual de Introducción al Derecho de nuestro medio dice que la teoría de la interpretación es,

“(...) 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". [Marcial Rubio Correa, 2003: 245].

A fin de conocer y comprender mejor esta concepción de la interpretación, formulémosle algunas preguntas, tales como: **qué** es, **cuál** es su finalidad, **sobre qué recae** esa actividad, **cuándo** se debe interpretar y **cómo** se interpreta. Las respuestas las iremos extrayendo de la definición. Veamos:

- i) **QUÉ ES:** Parte de la Teoría General del Derecho. Pero ¿cuál es la concepción del Derecho que refleja esa teoría? Veamos la siguiente parte conformante del concepto.
- ii) **CUÁL ES LA SU FINALIDAD:** Su finalidad es desentrañar, es decir sacar de adentro, de las entrañas de la norma jurídica, ese significado último que siempre está allí, en todos los casos y que es único, por eso dice que es el *último*, no hay nada más después de ese significado.
- iii) **SOBRE QUÉ RECAE ESA ACTIVIDAD:** sobre la norma jurídica, entendiendo por tal al texto de la disposición legal.
- iv) **CUÁNDO SE DEBE INTERPRETAR:** Cuando el sentido normativo de la norma jurídica (texto) no está claro.
- v) **CÓMO SE INTERPRETA:** Mediante el análisis lógico jurídico interno de la norma jurídica (del texto)

Visto así, esta definición de interpretación jurídica asume la interpretación como una actividad del conocimiento: lo que busca es conocer qué dice el texto de la disposición legal.

En la misma tendencia se ubica Elmer Guillermo Arce Ortiz cuando señala que, “La *interpretación* significa aclarar el sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados,

etcétera). De este modo la labor del intérprete jurídico reside en explicar el sentido o el significado de una norma jurídica. La interpretación, pues, es una actividad que pretende conocer el real significado que puede tener una regla o un principio” [Elmer Guillermo Arce Ortiz, 2013: 165]

Luego inmediatamente precisa que “lo que busca la interpretación no es conocer la voluntad del creador de la norma jurídica” sino, “(...) aclarar el sentido o significado de normas jurídicas, solo cuando existen dudas o controversias en torno a las mismas”. Según Arce Ortiz, ese “explicar el sentido”, ese “conocer el real significado” de la norma jurídica no siempre es posible. Señala el autor que cuando sea posible, se debe aplicar la norma jurídica “en la realidad tal cual” (p. 166). Solo cuando sea oscuro dicho significado “debe realizarse una actividad interpretativa con el fin de aclarar su sentido o significado” (p. 166).

Las razones del cognoscitivismo

Esta forma de mirar la actividad interpretativa busca encontrar y reflejar —cual espejo o foto que reproduce nuestra imagen— lo que la disposición contiene, sin agregar ni quitar nada.

Desde esta perspectiva, se asume que las disposiciones legales llevan impreso en su texto un significado (el único, el final, el verdadero) que está allí, listo y acabado, esperando que el intérprete las extraiga de las entrañas de la disposición legal. Esta concepción nos conduce al formalismo jurídico, al criterio tecnicista y al método literal.

Si bien la práctica demuestra que esto no es exactamente así; pues la interpretación no se agota necesariamente en reproducir la literalidad de la disposición legal; sin embargo, ello no nos debe llevar a desechar inmediatamente esta concepción. Es posible ubicar buenas razones para encontrar conveniente y justificado actuar así en materia de interpretación. Tales razones pueden expresarse de la siguiente manera:

1. El derecho es un producto social, refleja —o pretende reflejar— el momento social, cultural y económico en el que se da. Así, si nos miramos en un espejo o nos tomamos una foto, nos puede gustar o no la imagen que el espejo o la foto reproduce o refleja. Si no nos gusta esa imagen, tenemos dos opciones: aceptar la realidad, al fin y al cabo, la

realidad es dura, pero es la realidad: *dura lex sed lex*. O podemos también utilizar un programa informático y eliminar todo aquello que no nos guste de la foto y poner, agregarle, todo aquello que no tenemos y que nos gustaría tener en nuestra imagen. Podemos construir una foto no como tiene nuestra imagen física, sino como lo que quisiéramos tener o ser físicamente. Pero ya no seríamos nosotros. Seríamos otro. Ya no estaríamos ante la disposición legal dada sino ante una distinta, una que estaríamos creando nosotros.

2. Actuando así en materia de interpretación —buscando, desentrañando, haciendo literalmente lo que la disposición legal dice—, se hace realidad la función directiva, institucional de la disposición legal, al cual hicimos referencia al principio. El destinatario de una disposición legal tiene que adecuar su conducta a lo que dice la disposición legal, solo así podrá saber a qué está facultado o permitido o a qué prohibido. Solo así podría adecuar su comportamiento a las reglas del derecho, solo así el derecho, a través de la disposición legal, puede cumplir con su función reguladora de conductas.

Tales son, a nuestro parecer, buenas razones para considerar que la interpretación jurídica debe partir del texto de la disposición legal. Sin embargo “partir del texto de la disposición legal” no significa —necesariamente— *quedarse* en el texto. Asumimos el texto como el inicio de la actividad interpretativa.

2.2. La Interpretación como Acto de Voluntad



Consideran que en la actividad interpretativa existen —y se deben considerar— factores externos al texto materia de interpretación. En esta

posición pueden estar afiliados positivistas y no positivistas. Kelsen y Hart (con la textura abierta del lenguaje jurídico), por ejemplo podrían estar comprendidos aquí. Pero también Dworkin (con su concepción interpretativa del derecho).

Y es que por más explicable y justificable que nos parezca la tesis de interpretación como conocimiento, también hay que reconocer que es un “noble sueño” —y los sueños, sueños son, nos dice el poeta—. Es un noble sueño que choca frontalmente con la realidad.

Siguiendo con la metáfora del espejo y de la fotografía, tendríamos que reconocer que tal reproducción de nuestra imagen puede tener imperfecciones y no estar reproduciendo nuestra imagen como es: hay espejos que deforman la imagen que reflejan; la foto —el fotógrafo— puede no haber ubicado adecuadamente el ángulo de luz para tomar la foto. En ambos casos nuestra imagen no ha sido captada considerando el ángulo de luz, la reproducción de nuestra imagen no es una reproducción veraz.

Algo parecido sucede con las disposiciones legales. La legislación tiene imperfecciones, la legislación —el legislador— usa un lenguaje cargado de imperfecciones. Las vaguedades, las ambigüedades, las contradicciones o antinomias jurídicas, los conceptos indeterminados o valorativos son las pesadillas contra esas buenas intenciones.

2.3. La Interpretación como una actividad integral (Concepción Intermedia)

La práctica del derecho evidencia, sin embargo, que no siempre nos encontramos ante textos totalmente indeterminados, ambiguos, vagos o ante interpretaciones literales cuya consecuencia sea inadecuada considerando el caso concreto. Existen casos en la realidad donde la respuesta dada literalmente por la disposición legal resulta claramente entendible y el caso encuentra solución de manera inmediata, directa. Ello no significa —sin embargo— que no hay interpretación en esos casos. Sí hay interpretación también en esos casos y eso se evidencia precisamente en la constatación de que el texto no presenta problemas de comunicación o que las consecuencias de su aplicación al caso concreto no generan incompatibilidades insostenibles. Todo ello es posible afirmar gracias al

trabajo previo de interpretación que, al no revestir mayor complejidad, pasa imperceptible.

La gran complejidad de la aplicación del derecho hoy y que tiene relación directa con el rol de la interpretación actualmente es cómo conciliar,  llegar a un equilibrio entre razones formales (entre la dimensión autoritativa del derecho), que manda cumplir con el mandato del enunciado legal; y las razones sustantivas (la dimensión justificativa), que permite una aplicación más racional, justa y equitativa del Derecho. Mientras la observancia de las razones formales está vinculada con la seguridad jurídica estática, la observancia de las razones sustantivas está vinculada con los fines estructurales del Derecho. Hay pues la necesidad de conciliar, en la teoría y en la práctica, esa doble dimensión del Derecho: autoridad y razón [Carlos Bernal Pulido (Ed). 2011].



La interpretación, cual fotografía, debe saber captar el mejor ángulo, aprovechar la mejor exposición de los rayos de luz que nos brinda todo el Derecho. Debe hacer una lectura de todo el Derecho, considerando todo y no solo la literalidad de la disposición legal; y, a partir de ella —CUANDO SEA NECESARIO, ES DECIR, CUANDO SE ENCUENTRE JUSTIFICADO— hacer lecturas integradoras, correctoras e inclusive sustitutorias del mandato literal de la disposición legal. Esto no es hacer decir al Derecho algo distinto, quizás sí al texto legal, pero al Derecho no. Es cierto, existe el riesgo de actuar con subjetividad, pero eso ya no es Derecho. Esas son, pues las vicisitudes de la práctica del derecho en la actualidad. Tenemos que actuar en ese escenario: viendo en cada caso cuál pesa más: la dimensión autoritativa o la dimensión justificativa en el Derecho.

2.4. Disposición y norma en la interpretación jurídica. Fundamento de las sentencias interpretativas.

La teoría analítica de la interpretación considera que la norma jurídica no es el objeto —aquello sobre el cual recae— de la interpretación, sino su resultado, el producto de la interpretación. Antes de la actividad interpretativa existiría una disposición legal —el texto—, el enunciado jurídico. Luego que se desarrolla la actividad interpretativa sobre ese enunciado jurídico, sobre el texto, surgirán las normas jurídicas —puede ser una o más—, es decir, los sentidos interpretativos de dicha disposición legal.

Esto significa un apartarse totalmente de las concepciones cognoscitivistas de la interpretación, pues como refiere GUASTINI, citando de TARELLO, “En el uso común de los juristas (y de los filósofos del derecho) el vocablo «norma» está referido indistintamente sea a las formulaciones del discurso legislativo, sea a su contenido de significado. La ausencia de distinción [entre las formulaciones del discurso legislativo —la disposición legal— y su significado —la norma jurídica—], observa Tarello, nace de la convicción, ampliamente difundida en la cultura jurídica moderna a partir de la ilustración, de que exista «un significado propio o verdadero, de las normas, pre-constituida respecto a, y ante todo independiente de, los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean las normas mismas» [Ricardo Guastini, Prologo al Libro de Giovanni TARELLO (2013):11).

Esta diferenciación entre disposición legal —el texto— y la norma jurídica —el significado de la disposición legal, el sentido interpretativo, producto de la interpretación—, resulta útil para comprender las llamadas sentencias interpretativas que emiten los tribunales o cortes constitucionales cuando tienen que resolver una pretensión de inconstitucionalidad contra una determinada ley.

En efecto, el demandante puede considerar —y tal será el sustento de su demanda— que una disposición legal es inconstitucional porque encuentra que su sentido interpretativo, la norma jurídica que surge de la interpretación, resulta inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal o la Corte Constitucional puede encontrar que dicha disposición legal no es inconstitucional aun cuando considere que lo sustentado por el demandante es correcto. Esto se debe a que el tribunal encuentra que existe o existen otro u otros sentidos interpretativos, otras normas jurídicas

(que surgen luego de la interpretación que hace el propio tribunal de la disposición legal cuestionada en la demanda) que sí son constitucionales.

Así en TC peruano, respecto a las sentencias interpretativas, ha señalado lo siguiente:

“Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley”.

“Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.” (Fundamento jurídico 29. STC N° 0010-2002-AI/TC).

Como el propio TC lo señala en la sentencia citada:

“La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (...). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir: a. El texto o

enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b. El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).” (Fundamento jurídico 34. STC N° 0010-2002-AI/TC).

3. ¿POR QUÉ SE NECESITA INTERPRETAR?

3.1. ¿Solo se interpreta cuando el texto es oscuro?

¿Hay textos claros *per sé*? Los propios defensores de la tesis cognoscitivista, a la vez que pretenden limitar la actividad interpretativa únicamente a los casos donde el texto es oscuro, no pueden dejar de reconocer que la claridad de texto claro u oscuro no depende del propio texto en sí, considerado de manera aislada, sino de los con-textos. Así por ejemplo Arce Ortiz, luego de afirmar que se interpreta cuando el texto no es claro, encuentra —sin embargo— que en la prohibición “Prohibido fumar en lugares públicos”, no queda claro qué es *lugar público*. Luego, termina diciendo que,

“(…) finalmente, podemos concluir que el intérprete es el llamado a determinar si una norma es clara u oscura en su formulación”

Luego, termina admitiendo que:

“La interpretación no nos lleva necesariamente a una única respuesta y que solo podemos aspirar a una decisión razonable por parte de los (...) intérpretes”

Y que,

“Hay que reconocer que esta inexistencia de normas específicas para llevar a cabo la interpretación, transforma la labor interpretativa en una labor discrecional”.

[Elmer Guillermo Arce Ortiz, 2013: 166]

Esta conclusión, no concuerda con una concepción cognoscitivista de la interpretación; por el contrario, lo acerca a una concepción realista de la

interpretación, la cual ya la encontramos en Kelsen [Hans Kelsen, 1982: pág. 352-353] cuando señala que:

“Puesto que **la necesidad de una “interpretación”** resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, **deja abierta varias posibilidades**, lo que significa, por lo tanto, que **no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor**, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial”.

“No existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. **No existe genéricamente ningún método - caracterizable jurídico positivamente - según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma puede ser designado como el “correcto”**; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las normas de la ley o del orden jurídico”.

“Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto”. “Inclinarse a la voluntad supuesta del legislador dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad –por lo general,

problemática- del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero”. “Es un esfuerzo inútil pretender fundar “jurídicamente” una de esas posibilidades con exclusión de las otras”.

En la misma línea, al hablar de los cuatro elementos de la interpretación (el gramatical, el lógico, e histórico y el sistemático), Savigny si bien señalaba que,

“El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley”

Sin embargo, a continuación precisaba,

“Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar”.

Savigny, 1879:I, 187-188)

Por ejemplo, cuál es el significado único, verdadero, último, final, auténtico, contenido dentro del enunciado jurídico, del texto, de: conducta deshonrosa, dignidad, título (en el precario), adecuada protección (contra el despido arbitrario), cursar estudios superiores “con éxito”.

En todos estos casos, una actividad meramente cognocivista, una actividad que crea que basta conocer el significado del texto, no resulta suficiente para conocer cuál es la conducta prohibida o permitida. Resulta imposible que la actividad interpretativa encuentre dentro del texto el concepto acabado, listo, contenido dentro de ese tipo de enunciados. Es inevitable —esto no es una cuestión de elección o gusto personal— tener que ir más allá del texto, es inevitable agregar o quitar algo al texto, para que el derecho encuentre sentido en un caso concreto.

3.2. Otros casos problemáticos de interpretación

Estos casos evidencian una vez más el carácter necesario de la actividad interpretativa para la aplicación del Derecho.

Con la guía del docente, identificar cómo se presenta el problema interpretativo y sustentar su posición.

Caso 1

Según el texto original del Art. 4 de la Ley del Notariado, “el ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina”.

Mediante la Ley N° 30313 (26.03.15), se modificó este artículo y se estableció que: “El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina”. Se precisa entonces que “Son nulas de pleno derecho las actuaciones notariales referidas a actos de disposición o gravamen intervivos de bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial, sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”. También se señala que “Cuando el acto de disposición o gravamen comprenda más de un inmueble ubicado en diferentes provincias es competente el notario del lugar donde se encuentre cualquiera de ellos, quedando autorizado para ejercer función notarial fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado”.

Esta modificación presenta algunos problemas interpretativos:

- a) Qué es un acto de gravamen, ¿la cancelación de una hipoteca es un acto de gravamen?
- b) Qué debemos entender con la expresión actuaciones notariales “**referidas a**”. i) un interpretación amplia sería: “referidos a” quiere decir que la actuación notarial **tenga alguna relación** —aun cuando ésta sea indirecta— con actos de disposición o gravamen; ii) un interpretación más restrictiva sería: “referidos a” quiere decir que la actuación notarial **contenga** un acto de disposición o gravamen.
- c) Cuáles son los alcances o efectos de la sanción “son nulas de pleno derecho las actuaciones notariales”.

Imaginemos en siguiente caso. Pedro domicilia en Lima. Es propietario de dos inmuebles en Trujillo. Necesita —con carácter urgente— vender uno de esos inmuebles para cubrir el costo de tratamiento médico. Pedro decide otorgar un poder especial a su hermano que vive en Trujillo—para vender dicho inmueble—entonces va a una Notaria en Lima —viajar hasta Trujillo para otorgar el Poder depararía pérdida de tiempo y de dinero— y otorga el Poder. ¿Es válido ese poder?

Caso 2

El artículo 43 del Reglamento de la Ley 29090, establece que: “el FUE (formulario único de edificación) deberá ser suscrito por el propietario o por el solicitante acreditado y los profesionales responsables del proyecto”.

Dependiendo del caso concreto, se puede presentar un problema interpretativo para determinar a qué propietario se refiere el texto legal: al propietario del terreno o al propietario de la fábrica o a ambos. Si un propietario de un terreno edificó una construcción sobre dicho terreno y ahora quiere inscribir tal fábrica, no cabe duda que es tal propietario el que tiene que suscribir el FUE. Pero si un superficiario pretende inscribir la fábrica que levantó sobre un terreno que no es de su propiedad, en aplicación del citado art. 43, ¿A quién debemos calificar como “propietario”? ¿Al propietario del terreno?

Caso 3

Según el Código Procesal Constitucional (Art. 5, inciso 2 del CPConst.) los procesos constitucionales son improcedentes cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

El Código no establece cuándo podemos considerar que estamos ante una vía específica igualmente satisfactoria ¿Cómo se debe evaluar dicha idoneidad de la vía procesal alternativa al amparo? ¿Cómo se puede demostrar la existencia de otra vía procesal igualmente *satisfactoria* que el amparo, en abstracto o en concreto? ¿Será posible establecer, de manera general, como una regla aplicable para todos los casos posibles, pautas para determinar si estamos ante un caso respecto del cual existe otra vía —distinta al amparo— igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos cuya protección se invoca?

Veamos el siguiente caso real

Don Víctor Taype Zúñiga (STC N.º 03360-2011-PA/TC), dirigente sindical, fue despedido por cuatro veces. La última vez fue despedido cuando el proceso laboral (impugnación del segundo despido) se encontraba en ejecución de sentencia. Contra este último despido inició un nuevo proceso laboral, en el cual han transcurrido 13 años, por lo que dado tal demora, solicita, vía amparo, la suspensión de este proceso laboral de nulidad de despido y que el juez constitucional ordene su reposición.

Una respuesta a este caso sería el rechazo liminar de la demanda, en aplicación de lo que dice el C. P. Const. y que además “nadie puede avocarse a causa pendiente”, “ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso”.

Una respuesta intermedia sería declarar fundado el amparo y luego requerir a las instancias judiciales que admitan la demanda y tramiten el

(los) procesos laborales. Es decir, que regrese a las instancias donde han violado sistemáticamente –dados los hechos, es posible hacer esa calificación– su derecho al plazo razonable. Cómo si no fueran suficientes los trece años transcurridos.

¿Existiría una tercera respuesta?

Con la dirección del docente, ensayar una respuesta

En todos estos casos, una interpretación que busque desentrañar el significado intrínseco –aquel que está contenido dentro de la disposición legal, en el texto– no nos podrá dar más información que las que literalmente nos brinde el texto normativo citado.

4. LA INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD NECESARIA

La conclusión del apartado anterior sería este: en la práctica del derecho, la interpretación siempre es una actividad previa a su aplicación. Las razones que explican esta afirmación serían las siguientes [Martínez ROLDAN y Fernández SUAREZ, 1994:280-281 y MORESO y VILAJOSANA (2004)187-188]:

- 1) Muchos de los conceptos jurídicos no están definidos en la ley, o se encuentran indeterminados, o la definición es incompleta o equívoca. P.e. Qué debemos entender –considerando el art. 911 del CC– por poseedor precario, por conducta deshonrosa, por actuar diligente. O, por ejemplo, la Constitución regula en su art. 2 inciso 1 que toda persona tiene derecho, entre otros, a su “integridad moral, psíquica y física”. Podemos tener una idea clara de lo que es la integridad física; podremos tener una idea, más o menos clara, de lo que es integridad psíquica; pero qué debemos entender por “integridad moral”.
- 2) Generalmente la legislación solo contiene principios y regulaciones en líneas generales, corresponde al aplicador de la legislación, al intérprete, precisar dicha regulación genérica considerando las circunstancias del caso concreto. P.e.: cursar estudios superiores con éxito, conducta deshonrosa, etc.
- 3) El principio clásico de *in claris non fit interpretatio* ya no es compartido. “Yo diría que la claridad de los preceptos jurídicos es inversamente proporcional a la inteligencia o preparación científica del intérprete,

mientras que la necesidad de la interpretación es directamente proporcional" [Martínez Roldan y Fernández Suarez, 1994:281]

- 4) "Incluso en aquellos casos en los que el sentido del texto fuese menos problemático, si éste contradice la finalidad de la institución a la que debe servir, o choca con la equidad o conduce a consecuencias socialmente inadmisibles, será preciso interpretarlo" (idem. *Op. Cit.*).

5. ¿DEBEMOS ABANDONAR EL MÉTODO DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL?

De lo sustentado hasta esta parte, podría pensarse que debemos abandonar el método de la interpretación literal, que la interpretación como conocimiento, la interpretación literal, hay que descartarla.

Al respecto, veamos a continuación un extracto de El Mercader de Venecia (se ha resaltado en negrita los textos sobre los cuales deseamos llamar la atención):

PORCIA.- La demanda que hacéis es de naturaleza extraña, y, sin embargo, de tal manera legal, que la ley veneciana no puede impediros proseguirla. (A ANTONIO.) Caéis bajo su acción, ¿no es verdad?

ANTONIO.- Sí, es lo que dice.

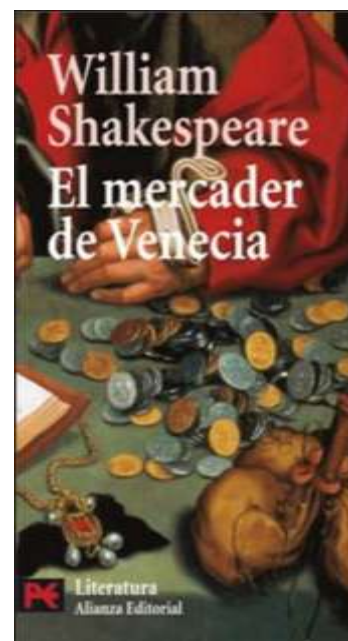
PORCIA.- ¿Reconocéis este pagaré?

ANTONIO.- Sí.

PORCIA.- Entonces el judío debe mostrarse misericordioso.

SHYLOCK.- ¿Por efecto de qué obligación, queréis decirme?

PORCIA.- La propiedad de la clemencia es que no sea forzada; cae como la dulce lluvia del cielo sobre el llano que está por debajo de ella; es dos veces bendita: bendice al que la concede y al que la recibe. Es lo que hay de más poderoso en lo que es todopoderoso; sienta mejor que la corona



al monarca sobre su trono. El cetro puede mostrar bien la fuerza del poder temporal, el atributo de la majestad y del respeto que hace temblar y temer a los reyes. Pero la clemencia está por encima de esa autoridad del cetro; tiene su trono en los corazones de los reyes; es un atributo de Dios mismo, y el poder terrestre se aproxima tanto como es posible al poder de Dios cuando la clemencia atempera la justicia. Por consiguiente, judío, aunque la justicia sea tu punto de apoyo, considera bien esto: que en estricta justicia ninguno de nosotros encontrará salvación, rogamos para solicitar clemencia, y este mismo ruego, mediante el cual la solicitamos, nos enseña a todos que debemos mostrarnos clementes con nosotros mismos. No he hablado tan largamente más que para instarte a moderar la justicia de tu demanda. Si persistes en ella, este rígido tribunal de Venecia, fiel a la ley, deberá necesariamente pronunciar sentencia contra el mercader aquí presente.

SHYLOCK.- ¡Que mis acciones caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la ejecución de la cláusula penal y lo convenido en mi documento.

PORCIA.- ¿Es que no puede reembolsar el dinero?

BASSANIO.- Sí, ofrezco entregárselo aquí ante el tribunal. Más aún: ofrezco dos veces la suma. Si no basta, me obligaré a pagar diez veces la cantidad poniendo como prenda mi cabeza, mis manos, mi corazón; si no es suficiente aún, está claro entonces que la maldad se impone a la honradez. Os suplico por una sola vez que hagáis flaquear la ley ante vuestra autoridad; haced un pequeño mal para realizar un gran bien y doblegad la obstinación de este diablo cruel.

PORCIA.- No puede ser; no hay fuerza en Venecia que pueda alterar un decreto establecido; un precedente tal introducirá en el Estado numerosos abusos; eso no puede ser.

SHYLOCK.- ¡Un Daniel ha venido a juzgarnos, sí, un Daniel! ¡Oh, joven y sabio juez, cómo te honro!

PORCIA.- Dejadme, os ruego, examinar el pagaré.

SHYLOCK.- Vedle aquí, reverendísimo doctor, vedle aquí.

PORCIA.- Shylock, se te ofrece tres veces tu dinero.

SHYLOCK.- Un juramento, un juramento, he hecho un juramento al cielo. ¿Echaré sobre mi alma un perjurio? No, ni por Venecia entera.

PORCIA.- Bien, este pagaré ha vencido sin ser pagado, y por las estipulaciones consignadas en él el judío puede legalmente reclamar una libra de carne, que tiene derecho a cortar lo más cerca del corazón de ese mercader. Sed compasivo, recibid tres veces el importe de la deuda; dejadme romper el pagaré.

SHYLOCK.- Cuando haya sido abonado conforme a su tenor. Parece que sois un digno juez; conocéis la ley; vuestra exposición ha sido muy sólida. Os requiero, pues, en nombre de la ley, de la que sois una de las columnas más meritorias, a proceder a la sentencia. Juro por mi alma que no hay lengua humana que tenga bastante elocuencia para cambiar mi voluntad. Me atengo al contenido de mi contrato.

ANTONIO.- Suplico al tribunal con todo mi corazón que tenga a bien dictar su fallo.

PORCIA. - Pues bien; aquí está entonces. Os es preciso preparar vuestro pecho al cuchillo.

SHYLOCK.- ¡Oh, noble juez! ¡Oh, excelente joven!

PORCIA.- En efecto, el objeto de la ley y el fin que persigue están estrechamente en relación con la penalidad que este documento muestra que se puede reclamar.

SHYLOCK.- Es muy verdad, ¡oh, juez sabio e íntegro! ¡Cuánto más viejo eres de lo que indica tu semblante!

PORCIA.- En consecuencia, poned vuestro pecho al desnudo.

SHYLOCK.- Sí, su pecho; es lo que dice el pagaré, ¿no es así, noble juez? «El sitio más próximo al corazón», tales son los términos precisos.

PORCIA.- Exactamente ¿Hay aquí balanza para pesar la carne?

SHYLOCK.- Tengo una dispuesta.

PORCIA.- Shylock, ¿habéis tomado algún cirujano a vuestras expensas para vendar sus heridas, a fin de que no se desangre y muera?

SHYLOCK.- ¿Está eso enunciado en el pagaré?

PORCIA.- No está enunciado; pero ¿qué importa? Sería bueno que lo hicieseis por caridad.

SHYLOCK.- ¡No veo por qué! ¡No está consignado en el pagaré!

PORCIA.- Acercaos, mercader, ¿tenéis algo que decir?

(...)

PORCIA.- Te pertenece una libra de carne de ese mercader: la ley te la da y el tribunal te la adjudica.

SHYLOCK.- ¡Rectísimo juez!

PORCIA.- Y podéis cortar esa carne de su pecho. La ley lo permite y el tribunal os lo autoriza.

SHYLOCK.- ¡Doctísimo juez! ¡He ahí una sentencia! ¡Vamos, preparaos!

PORCIA.- Detente un instante; hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son estas: una libra de carne. Toma, pues, lo que te concede el documento; toma tu libra de carne. Pero si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscadas en beneficio del Estado de Venecia.

GRACIANO.- ¡Oh, juez íntegro! ¡Adviértelo, judío! ¡Oh, recto juez!

SHYLOCK.- ¿Es ésta la ley?

PORCIA.- Verás tú mismo el texto; pues, ya que pides justicia, ten por seguro que la obtendrás, más de lo que desees.

GRACIANO.- ¡Oh, docto juez! ¡Adviértelo, judío! ¡Oh, recto juez!

SHYLOCK.- Acepto su ofrecimiento, entonces; páguenme tres veces el valor del pagaré y déjese marchar al cristiano.

BASSANIO.- Aquí está el dinero.

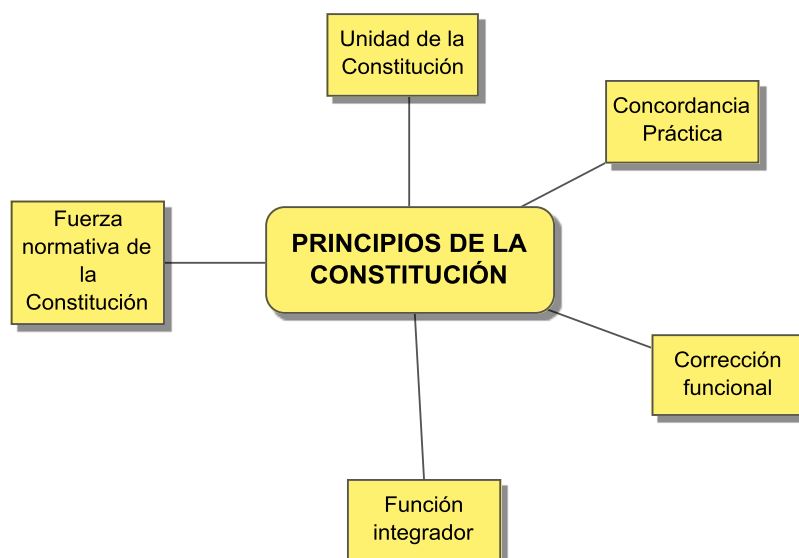
PORCIA.- ¡Despacio! El judío tendrá toda su justicia. ¡Despacio! Nada de prisas. No tendrás nada más que la ejecución de las cláusulas penales estipuladas.

En El Mercader de Venecia, de William Shakespeare, podemos ver cómo la interpretación literal —el formalismo— sirve para “sustentar” una injusticia (exigir judicialmente la entrega de una libra de carne humana como

penalidad por incumplimiento contractual) pero también para evitar que se consume ese pago de la penalidad. Traemos este caso literario al presente material, con la finalidad de graficar cómo la interpretación literal no es mala *per sé*.

6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

¿Hay una teoría o unos criterios de interpretación de la Constitución distintos a los de las normas en general? En el caso Lizana Puelles [STC N° 5854-2005-PA/TC], el TC ha considerado que sí hay una interpretación constitucional distinta a la general. Así, ha considerado que los métodos de interpretación constitucional no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que comprenden —además— otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.



Entre esos principios cita al de **Unidad de la Constitución**, según el cual debe considerarse a la Constitución como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Creemos que el símil de este principio —tratándose de la interpretación jurídica no constitucional— sería el principio de *interpretación sistemática*.

Según el principio de **Concordancia Práctica**, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta

“optimizando” su interpretación, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios que se encuentran en juego y teniendo presente que —en última instancia—, todos los preceptos constitucionales “se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales”.

Debemos considerar que los principios forman parte de todo el ordenamiento jurídico —y no solo del campo constitucional— entonces la actividad interpretativa en campos distintos al terreno constitucional no puede ser diferente, no puede dejar de perseguirse la optimización de los derechos fundamentales y los principios en cada actividad de interpretación que se realice —por ejemplo— en materia de ejercicio de los derechos del acreedor. En este campo el Código Civil establece, como un derecho del acreedor, el de “Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado” ¿Este derecho del acreedor le autorizará legalmente a utilizar prácticas de cobro coercitivas que afectan la dignidad del acreedor como el de los “hombrecitos amarillos”? Una mirada muy civilista clásica del derecho de los contratos concluiría que sí; sin embargo, una mirada constitucional del derecho civil vinculado a la protección de la dignidad de la persona humana, nos indica que esas prácticas están proscritas en el Derecho y el acreedor no tiene derecho a ejecutarlas. Así el Tribunal Constitucional

“(…) consideró ilegítimo el modo como la empresa “Hombrecitos de color S.A.” pretendía cobrar las deudas de la demandante a través de seguimientos en la vía pública, lo que resultaba atentatorio, a su vez, contra el derecho a la tutela procesal y el derecho de defensa. Y es que (...) la tutela del derecho en conflicto (...) debe de ser dilucidada a través de los cauces legalmente previstos y no a través del amedrentamiento o intromisiones indebidas en la intimidad y tranquilidad de las personas. De lo contrario (...), estaríamos ante una intolerable restricción de la libertad individual en sentido lato (...).”.

Por su parte el **principio de corrección funcional** exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las

funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Según el **principio de función integrador**, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

Finalmente, según el **principio de fuerza normativa de la Constitución**, la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

7. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS

Entre los casos previstos en el material hemos incluido algunos donde claramente el juez deja de aplicar una norma jurídica aun cuando el supuesto de hecho de tal norma se encuentra perfectamente acreditado.

Qué casos de estos pueden ser vistos como un tema de interpretación y cuáles como supuestos de derrotabilidad normativa. Para responder a esa pregunta se harán trabajos en el aula.

En esta parte, interesa dar algunas notas preliminares, introductorias, a la lectura del material que se incluye, con la finalidad que, junto con las clases en el aula y la lectura del material, pueda desarrollarse un taller de identificación de temas de derrotabilidad y/o de interpretación en los casos contenidos en el material. No se busca que el alumno memorice conceptos o clasificaciones sino que su nivel de comprensión le permita utilizar las ideas sobre interpretación y derrotabilidad para aplicarlos a la solución de casos reales en su función de magistrado.

En esta perspectiva, interesa consignar algunos apuntes sobre derrotabilidad. Seguimos, para ello, por su claridad, precisión y lo esquemático de su explicación, a Ródenas [Cfr. Ángeles Ródenas (2012)]. En general, se habla de derrotabilidad “cuando el derecho exige que las reglas no sean tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial”; es decir, son casos en los que la norma jurídica indica taxativamente qué es lo que corresponde decidir en todos los casos donde se cumpla con su supuesto de hecho, sin embargo, los jueces dejan de aplicar dicha disposición taxativa en mérito a otras consideraciones. Entre tales consideraciones no necesariamente está algún cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma. Los supuestos de derrotabilidad no son supuestos de inaplicabilidad por control difuso. Se distingue, para fines pedagógicos, tres Tipos de Derrotabilidad:



7.1. Derrotabilidad a nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas.

En estos casos, aun cuando la regla es taxativa en su consecuencia jurídica y no admite excepciones sin embargo, tal aplicación, puede producir algunos desajustes entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación a la misma requiere (Ángeles Ródenas, 2012: 37). **Son supuestos —nos dice Ródenas— en las que la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite: la regla estaría concebida para otro tipo de**

situaciones y en el caso concreto tales razones subyacentes no son de aplicación en absoluto.

En estos casos, cuando los jueces razonan de esta manera, están considerando derrotada una norma en una de las posibles acepciones del término *derrotabilidad*: están considerando derrotada la norma en el nivel de las prescripciones contenidas en la formulación de las reglas. **Los jueces entienden que el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica no se compadece bien con el compromiso entre razones expresado en la misma regla** (Cfr. Ángeles Ródenas, 2012: 38-39).

Este tipo de derrotabilidad puede deberse a que las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso, o bien a que —aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la regla— hay otras razones presentes —en el caso concreto— que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla. No se trata de un supuesto de invalidez de la norma, ésta es plenamente válida, pero en un caso concreto, no se debe aplicar.

Tenga en cuenta los ejemplos que desarrolla Ródenas en la lectura contenida en el material.

7.2. Derrotabilidad a nivel de la justificación subyacente a las reglas

Primero se debe tener presente que el Derecho, en tanto orden justificado, no es una simple acumulación de mandatos, de reglas y principios. El Derecho existe porque pretende el logro de determinados fines valiosos socialmente. De allí que en el origen de toda regla regulativa hay un conflicto entre razones tutelado por el Derecho; todas las reglas regulativas traen su causa en dicho conflicto. El derecho resuelve este conflicto entre razones señalando un compromiso, ajuste o balance entre las mismas.

Es posible —como hemos visto precedentemente— que lo que se derrote sea la prescripción contenida en la formulación normativa, pero también cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a la regla.

Tenga en cuenta los ejemplos que desarrolla Ródenas en la lectura contenida en el material.

En suma —esto es importante tenerlo presente para ambos tipos de derrotabilidad— para poder dejar de lado una regla o un principio aplicable el juez tiene que basarse en el sistema de principios que dotan de coherencia a la institución o sector normativo de que se trate. Por tanto tiene que aludir a razones que guardan una estrecha relación con las ideas de coherencia normativa o congruencia.

7.3. Derrotabilidad radical de las normas

En estos casos se habla de derrotabilidad cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a lo que el propio Derecho establece; criterios no basados en creencias compartidas en la comunidad jurídica.

Este tercer tipo de derrotabilidad dependería de dos variables:

1. La existencia o no en el derecho de reglas de clausura respecto de la relevancia. Con esta expresión —reglas de clausura— alude a la característica de la norma según la cual resulta irrelevante cualquiera propiedad distinta a las expresamente contenidas en ellas. Si no existe tal regla de clausura, entonces la norma sí puede ser derrotada. De lo contrario, no.

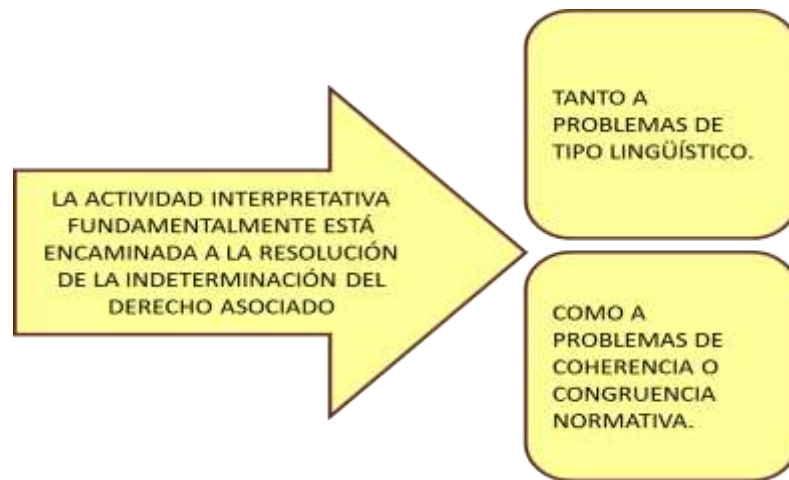
Si no existe tal regla de clausura, entonces la norma se acepta como una mera regla de experiencia y en tanto tal indicaría que solo a partir de ella no es posible derivar ninguna solución concreta para un caso individual, pues que para llegar a establecer una solución siempre será necesario una evaluación acerca de la relevancia o irrelevancia de cualquiera propiedad del caso concreto, propiedad distinta de la que define el supuesto de hecho de la norma derrotable.

2. La segunda variable de la cual dependería que una norma sea derrotable o no sería la existencia o no en el Derecho de relaciones de preferencia establecidas para el caso de colisión

entre dos normas. Si no existe tal relación de preferencia, entonces la norma siempre sería derrotable.

7.4. Interpretación y derrotabilidad

Como ya vimos, una de las explicaciones del porqué la interpretación es una actividad necesaria y central en la práctica del Derecho es por la naturaleza indeterminada del lenguaje jurídico.



Cuando la indeterminación del Derecho se basa en problema de coherencia o congruencia la actividad interpretativa solo podría resolver los problemas de derrotabilidad en los casos de 1 y 2: Derrotabilidad a nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas; y derrotabilidad a nivel de la justificación subyacente a las reglas. No así en los casos de derrotabilidad radical.

Sin embargo, tal como lo señala la propia Ángeles Ródenas, **la mayor extensión que se dé a las reglas o pautas interpretativas depende, en buena medida, de la concepción del derecho y de su halo de penumbra de la que se parta.**

Es importante también señalar que actualmente también se entiende por interpretación la actividad orientada a la *sistematización del derecho*, lo que comprendería distintas operaciones tales como la integración del derecho (en presencia de lagunas) y la resolución de antinomias. Por otro lado, debe tenerse presente que la identificación

de lagunas o antinomias pueden ser tanto el resultado de la actividad interpretativa, como también ésta puede ser una forma de resolver aquellas.

ACTIVIDAD EN CLASE N° 4

(Trabajo en grupo)

Analice el tipo de argumentos interpretativo en los casos 2 y 3.

Luego en los casos 4, primero, y 9 después.

Aplique lo estudiado en esta unidad. Tenga en cuenta lo estudiado respecto al argumento consecuencialista.



RESUMEN

La interpretación, tanto en la teoría como en su práctica, presenta el itinerario de los cambios que se han producido en la concepción del Derecho, en la función que se considera debe cumplir el Derecho, según las exigencias de cada época.

No es lo mismo interpretar en la época del llamado Estado de Derecho Legislativo, cuando el Derecho se encontraba limitado por los alcances de la ley; que en el Estado Constitucional de Derecho. La exégesis como método de aplicación e interpretación era hija natural del Estado de Derecho Legislativo, pues buscaba dar cuenta solo de qué “dice” el texto de la disposición legal.

En el Estado de Derecho Constitucional la decisión jurídica debe ser la forma jurídica de tutelar derechos subjetivos. De allí que la interpretación ya no está solo orientada a dar cuenta de qué “dice” la ley, sino además —y fundamentalmente— a cómo dar una respuesta jurídica adecuada a las particulares exigencias del caso concreto. Para lo cual será más importante conocer qué “dice” el Derecho (el ordenamiento jurídico) y no solo la ley, aisladamente considerada. Esto se encuentra claramente regulado, por ejemplo, en el artículo 384 del CPC al establecer como uno de los fines de la casación es **“la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto”**, con lo cual la sustentación por un lado de la decisión materia de casación o el análisis de dicha decisión en sede casatoria viene dado en términos de respuesta adecuada al caso concreto y no en términos de interpretación absoluta, eterna, única.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Por qué es necesario interpretar?

2. ¿Por qué la interpretación literal no siempre es suficiente?

3. ¿Cuál es la diferencia entre disposición legal y norma legal? ¿Qué implicancias tiene esta diferenciación en la práctica de la aplicación del Derecho?

4. ¿En qué consiste la derrotabilidad de las reglas? ¿Cuál es el fundamento de la derrotabilidad?



LECTURAS OBLIGATORIAS

Lectura N° 4:

- Giovanni TARELLO Cap. VIII. La argumentación de la interpretación y los esquemas de motivación de la atribución de significado a documentos normativos. En: La interpretación de la Ley (2013). Palestra.

Lectura N° 5:

- Neil MacCormick. “Discusiones sobre la interpretación”. En: Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico. Palestra (2016). Pp. 215-247.

(Disponible en el anexo de lecturas).



VIDEO SUGERIDO

- **VIDEO: El mercader de Venecia (2004) - Shakespeare - Parte 10 de 12:**
La interpretación literal. Lo relevante no es el método sino la justificación del resultado de la interpretación.



CASO SUGERIDO

Caso 3:

- Exp. 3846-2012-PA/TC. Multa por queja infundada. La utilidad de la interpretación sistemática.

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD IV



PRINCIPIOS Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

PRESENTACIÓN

Esta cuarta unidad, es una unidad de cierre del curso. Aquí debe concurrir todo lo estudiado en el curso. La aplicación del test de proporcionalidad importa claramente cómo se concibe el caso y ello depende de cómo se concibe el derecho y el rol del magistrado.

Actualmente los principios han dejado de tener un rol subsidiario, residual en la aplicación. Los principios ya no se aplican solo en caso de deficiencia o defecto de la ley. Ahora los principios tienen un rol protagónico en todo el ordenamiento jurídico.

Generalmente, desde las universidades, en los estudios de pregrado, nos han formado para razonar en función de las reglas, no en función de los principios. En esta unidad se pretende dar cuenta de cuál es el rol actual de los principios en el razonamiento jurídico justificativo; como se resuelven los conflictos entre reglas y cómo los conflictos entre principios; cuál es el fundamento y la racionalidad —y sus limitaciones, por cierto— del test de proporcionalidad: dónde se ubica y porqué se usa la ponderación entre principios. Interesa que los alumnos identifiquen el contexto y la funcionalidad que presenta el test de proporcionalidad. La ponderación será presentada dentro de un esquema que permita comprender el rol que cumple en la configuración del supuesto de hecho especial —concreto, específico para un caso puntual— ante un supuesto real de conflicto de principios.



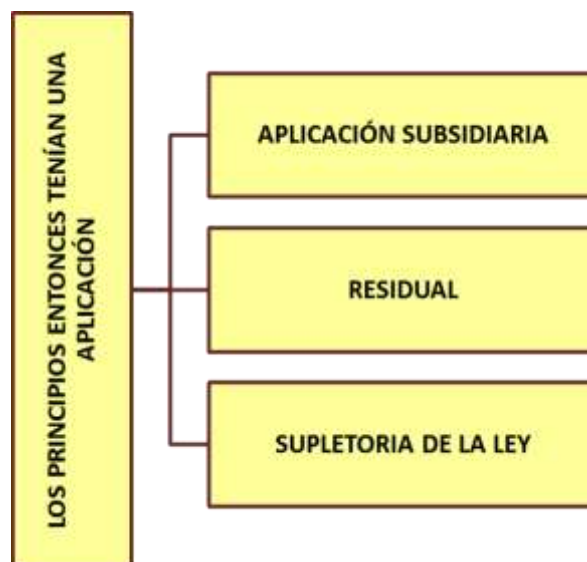
PREGUNTAS GUIA

1. En qué consiste el rol subsidiario o residual de los principios.
2. Cómo ha cambiado este paradigma hasta llevar a tener el rol protagónico que tienen los principios actualmente?
3. ¿Qué implicancias tiene esto para el razonamiento jurídico?
4. Cómo se aplica el test de proporcionalidad?

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD [3]

El reconocimiento primero y luego la distinción entre reglas y principios y el rol que cumplen los principios en la argumentación jurídica ha sido, desde sus orígenes y sigue siendo objeto de grandes polémicas, estudios e investigaciones.

Cuando la ley —formalmente hablando— era la expresión y la medida del Derecho, éste se expresaba a través de la ley y el contenido de la ley delimitaba y agotaba el contenido del Derecho. En este contexto los principios eran vistos como ideales, como aquello que está en el campo de las aspiraciones pero que no eran metas alcanzables y exigibles inmediata y jurídicamente, salvo limitadas excepciones. Solo en caso de vacío o insuficiencia de la ley se podía recurrir a los principios.



La expresión legislativa de esto venía dado como un complemento de la obligación que tenían los jueces de no dejar de administrar justicia y en casos de defecto o deficiencia de la ley debían —recién allí— aplicar los principios generales del derecho. Aplicar los principios entonces, en ese momento, era aplicar los Principios Generales del Derecho.

³ El siguiente desarrollo es un resumen de las ideas de Robert Alexy fundamentalmente desarrolladas en lo que se busca es presentar la lectura de Alexy de una manera más asequible para el estudiante que no conoce de dicho autor y precisamente por eso le puede resultar difícil comprender los presupuestos y la práctica misma de la ponderación.

Con Dworkin⁴ más recientemente⁵ se inicia el reflotamiento de los principios. Los principios dejan de ser esas aspiraciones etéreas con un rol subsidiario y residual para pasar a tener un rol fundante en la configuración del Derecho y en razonamiento jurídico justificativo, pues como bien señala Dworkin “Podemos sentirnos seguros de que lo que estamos haciendo es lo adecuado, pero mientras no podamos identificar los principios que seguimos no podemos tener la seguridad de que son suficientes ni que lo estamos aplicando congruentemente” [Dworkin, 1995: 63]⁶.

Habiendo referido el carácter polémico de los principios, interesa dada la finalidad de este material —proporcionar información a los magistrados para usar la teoría en su práctica funcional diaria— reseñar la tesis de Alexy sobre los principios, para luego comprender y poder usar el método de interpretación de los principios, denominada ponderación. Veamos.

Alexy postula la teoría de los principios calificando a éstos como normas jurídicas que expresan la idea de optimización. Los principios serían entonces mandatos de optimización y de este modo se diferencian fundamentalmente de las reglas, que vendrían a ser mandatos definitivos.

1. TRES TESIS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS ALEXIANA

1.1. La tesis de la optimización

LOS PRINCIPIOS SON NORMAS QUE ORDENAN
QUE ALGO SE REALICE EN LA MAYOR MEDIDA
POSIBLE.

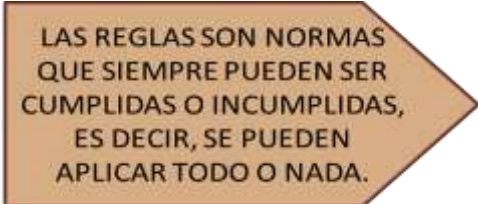
Esta mayor medida de la posibilidad de realización estará en función de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto. Lo que se busca es la mayor medida de realización, por eso Alexy dice que los principios

⁴ R. DWORKIN. “The model of rules”. University of Chicago Law Review, N° 35. (1967).

⁵ Vale la pena precisar que en la jurisprudencia —en la práctica del Derecho— los principios siempre han tenido un rol mayor del que la visión del Derecho limitada en el marco de la ley formal pretendía imponer. En este sentido resulta importante obras literarias como Antígona de Sófocles o el texto de Josef ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bopsch, Barcelona, 1961.

⁶ Ciertamente ese rol protagónico de los principios no es pacífico; por el contrario, encuentra objeciones de parte de grandes juristas como es el caso de Luigi Ferrajoli. El estado actual de la polémica sobre los principios y su rol en la teoría y en la práctica del Derecho puede verse en Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Un debate sobre los principios constitucionales*. Palestra, Lima, 2014. Particularmente interesante resulta ser la presentación que hace Pedro Grández Castro (Los principios constitucionales. El último tramo de un largo debate), *Op. Cit.* Pág. 7-24. Otro debate interesante, en este caso sobre el uso de los principios en la ponderación, puede verse con provecho en Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. *Un debate sobre la ponderación*. Palestra-Temis. Lima-Bogotá, 2012.

son mandatos de optimización. Pero eso no significa cumplimiento total sino gradual, por grados, por eso dice que los principios sí admiten grados de cumplimiento. El grado de realización (nuevamente hay que decirlo), dependerá de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario.



LAS REGLAS SON NORMAS
QUE SIEMPRE PUEDEN SER
CUMPLIDAS O INCUMPLIDAS,
ES DECIR, SE PUEDEN
APLICAR TODO O NADA.

No admiten grados de aplicación como los principios. Si una regla es válida, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Las reglas son entonces mandatos definitivos. Esto significa para Alexy que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado.

Toda norma es una regla o es un principio. Esto es importante porque así los principios, al ser tan normas como las reglas, dejan de tener un rol subsidiario de las reglas, como era antes.

1.2. La ley de la Colisión

Es en los supuestos de conflictos normativos, de antinomias jurídicas, en los que la distinción entre reglas y principios se muestra con más claridad: los conflictos se resuelven de distinta manera según se trate de conflictos entre principios o entre reglas.

Un conflicto entre reglas puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas.

Las colisiones entre principios se deben resolver de una forma totalmente diversa. No se admite la declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto. Los derechos fundamentales no

constituyen excepciones. Más bien, se debe resolver una colisión, estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias —fácticas y jurídicas— del caso concreto.

Bajo determinadas condiciones, un derecho fundamental tiene un peso mayor y por eso tiene prioridad sobre otro derecho. Bajo otras circunstancias, tal prelación puede cambiar, por eso se dice que es una relación de prelación condicionada.

Que uno de los dos derechos fundamentales tenga prioridad, significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista por aquél. Esto puede generalizarse en una ley de colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad.

La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema sólo existen relaciones de precedencia condicionada. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta. Según la ley de colisión, establecer una relación de precedencia condicionada es siempre establecer una regla construida con ocasión del caso concreto. En esta medida, los principios son razones necesarias para las reglas.

1.3. La ley de la ponderación

La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquélla, afirma Alexy. Esta implicancia significa que sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, son deducibles de ella en un sentido estricto. Por lo tanto, asegura Alexy, quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad.

Como ya se dijo: en cuanto a mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. La medida de las posibilidades fácticas, viene dado por el

Ley de la ponderación:

“Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.

análisis de los sub principios de idoneidad y necesidad. En cambio, el análisis de las posibilidades jurídicas viene dado por el análisis de las circunstancias jurídicas del caso concreto (los principios que tiene efectos contrarios), el cual se realiza mediante el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, o mejor denominado —para evitar usar el mismo término proporcionalidad— Ponderación.

Los sub principios de idoneidad y necesidad se originan a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas (ponderación). La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro.

2. PAUTAS PARA APLICAR EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Para el desarrollo de la clase sobre proporcionalidad:

1. Primero debemos asegurarnos que hemos comprendido la estructura alexiana del test. Para ello luego de la explicación en clase, se debe trabajar con el esquema “PODERACIÓN Y TEORIA DE LOS PRINCIPIOS EN ALEXI”, incluido en el material. Proyectando dicho esquema, se debe ir llenándolo de contenido con la participación de los alumnos.
2. Para el desarrollo del tema de proporcionalidad en clase, se sugiere trabajar un caso previsto en el material y seguir las siguientes pautas:

2.1.Preparación para el desarrollo del test

- ✓ Primero: Hay que tener en cuenta es que corresponde aplicar el test cuando estemos ante un conflicto de principios; en consecuencia, primero hay que identificar si —en un caso concreto— se presenta o no un conflicto. Para verificar si estamos ante un conflicto de principios, podemos seguir las siguientes pautas:
 1. Existen dos normas (N1 y N2) que regulan el mismo supuesto de hecho (SH1)

2. Al aplicar cada una de esas normas, obtenemos consecuencias jurídicas distintas (CJ1 y CJ2). Si no son diferentes, sino iguales, entonces estamos ante una duplicidad de normas: las dos normas regulan el mismo supuesto de hecho y establecen la misma consecuencia jurídica.

Hasta allí no necesariamente estaremos ante un supuesto de conflicto, pues puede darse el caso que las consecuencias jurídicas distintas, diferentes, sean sin embargo complementarios. En tal caso no existirá conflicto, para que exista el conflicto se requiere además verificar un siguiente paso.

3. Las consecuencias jurídicas (CJ1 y CJ2) además de diferentes tienen que ser incompatibles. Aquí está recién la nota características del conflicto normativo, de una antinomia: la incompatibilidad de consecuencias jurídicas. Para que estemos ante un conflicto, ambas consecuencias jurídicas tiene que ser incompatibles entre sí.

- ✓ Segundo: Luego de identificar que estamos en presencia de un conflicto, tenemos que tener claro, dos puntos: 1) cuáles son los principios en conflicto; y, 2) cómo se presenta ese conflicto en el caso concreto.
- ✓ Tercero: Luego de haber realizado 1 y 2 del paso segundo, debemos tener presente que un conflicto entre principios supone que la presencia de uno de ellos está significando una restricción del otro. Lo que debemos preguntarnos, en esta fase —y respondernos mirando los datos reales del caso concreto— es si tal restricción de uno de los principios (derechos) resulta legítimo prima facie; es decir: si podría esgrimirse algún tipo de razón que legitime, muy preliminarmente, la restricción del otro derecho. Si la respuesta es sí (existe esa razón preliminar, prima facie), entonces estamos ante la necesidad de realizar el test de proporcionalidad, para sopesar —ahora sí ya no muy preliminarmente, sino con el detalle que

exige la estructura del test alexiano— si el peso de uno de los principios justifica la restricción del otro principio.

- ✓ Cuarto: En esta etapa debemos prepararnos para realizar el test. Para ello, lo primero que tenemos que hacer es registrar una serie de datos del caso, los cuales se van a convertir en insumos para la realización del test. Estos datos son los siguiente:

1. ¿Cuáles son los principios en conflicto? Tenemos que identificarlos: Principio P1:.....; P2:
- 2.Cuál es, en el caso en concreto, la medida restrictiva de uno de los principios invocada en la decisión.
3. Luego, tenemos que identificar cuál es la finalidad de la restricción del principio.

Una recomendación pedagógica en este caso es: apuntar todos esos datos en un apartado. El que realice el test debe estar seguro de haber entendido bien el caso concreto, de lo contrario los datos antes identificados no serán útiles para realizar el test.

2.2.Desarrollo del test.

Con esos datos procederemos entonces a realizar el test, trabajando los tres sub principios:



Con sus respectivo tres niveles:

3.1) La ley de la ponderación. Aquí hay que trabajar lo referente al:

- i) el grado de afectación o no satisfacción de un principio;
- ii) la importancia de la satisfacción del otro principio;
- iii) y para definir si i) justifica ii) habrá que trabajar lo referente a la fórmula del peso.

3.2) La fórmula del peso. Esto implica trabajar lo referente a la determinación de:

- i) el grado de afectación de los principios en el caso concreto;
- ii) el peso abstracto de cada principio (la importancia en abstracto); y,
- iii) la seguridad de las premisas empíricas.

Solo si todo ese análisis precedente concluye en que los dos principios pesan igual, hay empate, entonces se debe pasar a realizar el tercer nivel de análisis de la ponderación:

3.3) Las cargas de la argumentación.

REGLAS Y PRINCIPIOS. TRES CRITERIOS DIFERENCIADORES

	1	2.	3.
			Conflicto:
			Resolución de conflictos: 1) 2) 3)
			Resolución de conflictos: 1: _____ 2: _____ 3: _____ 1) _____: 2) _____: 3) _____:
	1. 2. 3.		

ACTIVIDAD EN CLASE N° 5

(Trabajo en grupo)

Analice el caso 6. Siga las indicaciones dadas en numeral 2 de la Unidad III. Aplique los conceptos sobre test de proporcionalidad alexiano.

Cada grupo trabajará en forma independiente. Luego cada grupo sustentará la aplicación del test, paso por paso.



RESUMEN

La vigencia de los principios en el razonamiento jurídico justificativo transforma la aplicación del Derecho. Siendo que los principios son mandatos de optimización, tal optimización tienen que hacerse considerando las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto. Allí es donde se presenta como un método de justificación externa de los principios el llamado test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad nos permite resolver las colisiones entre principios de una forma totalmente diversa a las colisiones entre reglas. No se admite la declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto, como sucede en el caso de conflictos entre reglas. Se debe resolver una colisión entre principios estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias —fácticas y jurídicas— del caso concreto.

Bajo determinadas condiciones, un derecho fundamental tiene un peso mayor y por eso tiene prioridad sobre otro derecho. Bajo otras circunstancias, tal prelación puede cambiar, por eso se dice que es una relación de prelación condicionada.



AUTOEVALUACIÓN

1. Cuál son los tres criterios para diferenciar una regla de un principio

2. Qué significa que la regla sean consideradas mandatos definitivos

3. Qué significa que los principios sean mandatos de optimización.

4. A partir de la consideración de los principios como mandatos de optimización, cómo es explica la aplicación del test de proporcionalidad. Qué relación existe entre la estructura del test y la consideración de los principios como mandatos de optimización?



LECTURA OBLIGATORIA

Lectura N° 6:

- Carlos BERNAL PULIDO (2003). Estructura y límites de la Ponderación. *Doxa* 26. Pág. 225-238.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASO SUGERIDO

Caso N° 4:

- Exp. N° 0037-2012-PA/TC. Analizar la aplicación del test de proporcionalidad en el caso.

(Disponible en el anexo de casos)