

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA NECESIDAD DE INCORPORAR REQUISITOS ADICIONALES EN LA  
FIGURA DE LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS EN EL CODIGO  
PROCESAL CIVIL**

**Tesis presentada por el Bachiller en  
Derecho ALCIDES JUAN MANUEL  
PICHON PONCE para optar el título de  
ABOGADO**

**Asesor: Cesar Ibarra Valdivia**

**Arequipa-Perú**

**2017**

*A mis padres,  
Alcides e Isabel.*



*“No es solo una persona la que debe ser persuadida por las falaces inducciones de un juez corrupto; es un público entero, inexorable en sus juicios, el que debe examinar sus decisiones. Nada ha provocado tanto temor, aun en los espíritus más intrépidos, como la censura pública. (...) Si la opinión de la propia seguridad es la base de la libertad social (...) y si esta opinión se refiere a la suma y a la intensidad de los obstáculos que un ciudadano debe superar para violar los derechos de otro ciudadano, no encuentro medio más efectivo para fomentar esta saludable opinión, en relación a los magistrados, que aquel de constreñirlos a dar razón al público de la justicia de sus decisiones”.*

**Gaetano Filangieri**



## INDICE

**RESUMEN** 01

**ABSTRACT** 09

**INTRODUCCION** 16

## **CAPITULO I**

**LA OBLIGACION DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS A TRAVES DE LA HISTORIA, EN EL PERU Y EN EL DERECHO COMPARADO** 19

- 1) **El derecho procesal y la motivación de las sentencias desde el derecho romano hasta el siglo XX** 19
  - a) Antecedentes 19
  - b) La motivación en el Derecho Romano 20
    - i) Las “Legis Acciones” 21
    - ii) El “Agere per Formulam” 23
    - iii) La “Cognitio Extraordinem” 25
  - c) La motivación en el Medioevo 28
    - i) La figura del Rey 29
    - ii) La importancia del clásico derecho romano 29
    - iii) Variedad de tratamiento territorial 30
    - iv) Variedad en el tratamiento de la motivación 31
    - v) La figura del juez y su autoridad 34
  - d) La motivación en la época de la Ilustración 36
  - e) La motivación en el periodo Decimonónico 39
    - i) La Escuela de la Exegesis 40
    - ii) La Escuela Historicista 42
    - iii) El desarrollo de la motivación 43
  - f) La motivación en el siglo XX 45
    - i) La Escuela del Derecho Libre 46
    - ii) El Realismo Americano 47
    - iii) Hans Kelsen y H.L.A. Hart 50
- 2) **La obligación de motivar las sentencias judiciales en el Perú y el derecho comparado** 52
  - a) Antecedentes 52

b) La obligación de motivar las sentencias en el derecho comparado	52
i) República de Argentina	52
ii) Estado Plurinacional de Bolivia	53
iii) República Federativa do Brasil	54
iv) República de Chile	55
v) República de Colombia	55
vi) República del Ecuador	56
vii) República del Paraguay	57
viii) República Oriental del Uruguay	57
ix) República Bolivariana de Venezuela	58
x) Estados Unidos Mexicanos	58
xi) Reino de España	59
xii) Republique Française	60
xiii) Repubblica Italiana	60
xiv) Bundesrepublik Deutschland	61
c) La obligación de motivar las sentencias en la República del Perú	61
i) Desarrollo histórico constitucional de la obligación de motivar las sentencias	61
ii) La obligación de motivar en la legislación ordinaria	67

## CAPITULO II

### LA FIGURA DEL JUEZ Y SU OBLIGACION DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS CIVILES

1) <b>La figura del Juez</b>	74
a) El juez y su función: tipos de juez	74
i) Juez Júpiter	74
ii) Juez Hércules	75
iii) Juez Hermes	75
b) El juez y su comportamiento	76
c) El juez y su actividad	79
i) Juzgar como percibir	80
ii) Juzgar como razonar	80
iii) Juzgar como decidir	80
d) El Juez y sus límites	81
i) Tesis que limitan la actuación del juez	82

e) Discrecionalidad vs arbitrariedad	84
i) Ambigüedad y oscuridad de la norma	85
ii) Lagunas normativas	85
iii) Presencia de antinomias	86
f) Discrecionalidad y control	87
i) Control institucional	87
ii) Control doctrinario	87
<b>2) La motivación de la decisión judicial</b>	<b>88</b>
a) Concepto de motivación	88
b) Sobre motivación y fundamentación	89
c) Los sentidos de la motivación	93
i) Sentido débil y descriptivo	93
ii) Sentido fuerte y descriptivo	93
iii) Sentido fuerte y valorativo	94
d) Sobre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y su relación con las corrientes psicologista y justificativa de la motivación	94
i) El contexto de descubrimiento	94
ii) El contexto de justificación	95
iii) La corriente psicologista de la motivación	95
iv) La corriente justificativa de la motivación	96
e) Las funciones de la motivación	97
i) Función endoprosesal	97
ii) Función extraprosesal	98
f) Motivación como actividad y motivación como documento	100
i) La motivación como actividad	100
ii) La motivación como documento	101
g) Las dimensiones justificativas de la motivación	102
i) La dimensión justificativa interna	102
ii) La dimensión justificativa externa	103
(1) La “ <i>Quaestio Iuris</i> ”	104
(a) La interpretación jurídica	104
(b) La actividad interpretativa del juzgador en sí y su contenido mínimo en la motivación	127
(c) Patologías en justificación de la “ <i>quaestio iuris</i> ”	144
(2) La “ <i>Quaestio Facti</i> ”	147
(a) Principios procesales rectores de la “ <i>quaestio facti</i> ”	147

(b) Finalidad del proceso con respecto a la “ <i>quaestio facti</i> ”	150
(c) Los enunciados facticos	157
(d) Sobre la prueba	159
(e) El contenido mínimo de la motivación de la “ <i>quaestio facti</i> ”: la valoración individual y conjunta de la prueba	188
<b>3) Requisitos de una adecuada motivación</b>	<b>205</b>
a) Requisito de logicidad de la motivación	205
b) Requisitos de complitud: la motivación completa o congruente	211
i) Casos de incumplimiento de la motivación completa	212
c) Requisitos de suficiencia: la motivación suficiente	213
i) Requisitos de la motivación suficiente	214
(1) La racionalidad	214
(a) La racionalidad del discurso	216
(b) La racionalidad de la argumentación	217
(2) La coherencia	219
(a) La coherencia interna	220
(b) La coherencia externa	222
(3) La Razonabilidad	223
(a) Motivación de las decisiones no discrecionales	224
(b) Motivación de las decisiones discrecionales	225
(c) Casos de incumplimiento de la motivación suficiente	226
<b>4) Efectos del incumplimiento de la obligación de motivar las decisiones</b>	<b>232</b>
<b>5) La nulidad de sentencias judiciales en sede constitucional</b>	<b>238</b>
a) Sobre la calidad de cosa juzgada de las sentencias judiciales	248
b) La acción de amparo	246
i) El contenido constitucionalmente protegido y la vía igualmente satisfactoria	248
(1) El contenido constitucionalmente protegido	249
(2) La vía igualmente satisfactoria	251
(3) El recurso de agravio constitucional	252
<b>6) Conclusiones</b>	<b>254</b>

<b>ANALISIS DE ENCUESTAS</b>	
1) Antecedentes	289
2) Cuadros porcentuales	289
3) Conclusiones de las encuestas	293
<b>CONCLUSIONES CON RESPECTO AL PROYECTO DE TESIS</b>	298
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	300
<b>ANEXO 01: MODELO DE ENCUESTA</b>	312



## RESUMEN

La presente tesis se ha desarrollado en dos capítulos:

El capítulo I está dedicado al desarrollo de la motivación de las sentencias a través de la historia, en el Perú y en el derecho comparado.

Se han tomado en consideración en primer lugar los procedimientos civiles romanos a fin de establecer si la obligatoriedad de la motivación de las sentencias tiene ahí su origen, desarrollándose las “*legis actiones*”, el procedimiento formulario y la “*cognitio extraordinem*”, en los cuales no se ha podido establecer su obligatoriedad por lo que se sostiene que si bien dicha institución era conocida, su práctica no estaba reconocida formalmente, sin embargo existen posiciones que defienden su obligatoriedad en el proceso romano, especialmente en la “*cognitio extraordinem*” las cuales han sido recogidas y comentadas.

La edad media se caracterizó por un creciente interés en el debate de la necesidad y conveniencia de su inclusión o no en los pronunciamientos judiciales, lo que resulto en un tratamiento variable debido a múltiples factores propias de la cultura de la época que hicieron incierta su aplicación, por lo que su obligatoriedad no estaba plenamente reconocida tampoco en este periodo dependiendo principalmente de las preferencias personales del Rey mas no de su admisión como una obligación de la labor jurisdiccional y un derecho de todo ciudadano que recurre a ella para obtener una solución a un conflicto jurídico.

Por lo que se hizo necesario un cambio de régimen, ello ocurrió con la Revolución Francesa en 1789 dando paso así a un sistema democrático que reconoció formalmente que su incorporación positiva al sistema legal garantizaba un debido proceso legal y cuyo pronunciamiento era obligatorio para todos los jueces, por lo que es a partir de este cambio de régimen que la motivación es reconocida plenamente.

A pesar de que su reconocimiento fue un gran logro, su inclusión fue paulatina y heterogénea dándose a diferente ritmo dependiendo de la sociedad, así también su desarrollo conceptual era todavía insuficiente por lo que a lo largo del siglo XIX se dio inicio a una gran variedad de corrientes iusfilosóficas que iniciaron el debate conceptual sobre el derecho, las que contribuyeron consecuentemente al tratamiento de la

motivación, principalmente la Escuela de la Exegesis y la Escuela Historicista a las cuales también han sido desarrolladas en el presente trabajo.

Este desarrollo del derecho continuó también a lo largo del siglo XX, influenciado principalmente por la Escuela del Derecho Libre y el Realismo Jurídico que coadyuvaron al desarrollo conceptual de la motivación de las sentencias, así como escritos de ilustres juristas como Kelsen y Hart de gran importancia para comprenderlos sistemas jurídicos contemporáneos.

Así en resumidas cuentas la obligación de motivar las sentencias a través de la historia se caracteriza por no reconocerse en el Derecho Romano, su parcial reconocimiento en la Edad Media y su plena incorporación en los sistemas legales a partir de la Época de la Ilustración garantizada únicamente en un régimen democrático respetuoso del Estado Constitucional de Derecho.

Con respecto al derecho comparado, se ha incluido los dispositivos que reconocen la motivación tanto a nivel constitucional como legal en la actualidad, en los diferentes países de Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela) y Europa (Alemania, España, Francia e Italia), lo cual nos sirve para tener una visión más completa y reflexionar sobre las características de las distintas posturas recogidas

Por otro lado, con respecto a la obligación de la motivación en el Perú, se ha iniciado con una exposición de los diferentes dispositivos constitucionales que a través de la historia la han regulado, sirviéndonos para ello principalmente de una recopilación de textos constitucionales realizada por el jurista peruano Domingo García Belaunde.

Las Constituciones Políticas incluidas van desde el año 1812 hasta la actualidad, siendo principalmente relevantes la Constitución Política de 1828, de 1834, de 1979 y la de 1993, en los cuales se aprecia un desarrollo lento en su configuración principalmente porque el texto incluido en la Constitución de 1834 ha sido repetida literalmente hasta el año 1979, año en que se otorgó una nueva Constitución Política ampliando lo que desde 1834 era el texto que reconocía la motivación de las sentencias, lo cual sin embargo era insuficiente.

No podía faltar una referencia a nuestra actual Constitución Política de 1993, la cual incluye en su articulado un reconocimiento a la obligación de motivar las resoluciones judiciales cuyo texto tiene la virtud de ampliar su contenido pero que también deja de

lado los aportes del texto de la Constitución Política de 1979, lo cual ha sido materia de comentario. Del mismo modo se ha hecho una reseña a los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil que la reconocen y desarrollan su contenido.

El capítulo II desarrolla específicamente la institución de la motivación de las sentencias, en ella se ha hecho referencia inicialmente a la utilidad de una diferenciación a nivel legal entre la motivación y la fundamentación de las sentencias, para lo cual se ha recurrido a los diferentes dispositivos legales que reconocen la motivación en los países descritos en el capítulo I, así como pronunciamientos jurisprudenciales y escritos doctrinarios que defienden diversas posturas conceptuales, lo que nos llevó a sostener una propuesta adicional.

Con respecto al desarrollo conceptual de la motivación se ha hecho referencia a los siguientes puntos:

Los sentidos de la motivación en los que se diferencia entre débil y descriptivo, fuerte y descriptivo y fuerte y valorativo, siendo esta última el que interesa a la actividad jurisdiccional pues considera que los argumentos que debe contener la motivación deben ser calificadas de buenas sin interesarle el tipo de auditorio al que esté dirigido y respetando las reglas fijadas para su otorgamiento, es decir el respeto al principio de legalidad, por lo que sus argumentos deben estar fundados en derecho.

También se desarrolló la diferenciación establecida por Manuel Atienza sobre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, los cuales llevados al campo del derecho se relacionan con las corrientes psicologistas y justificativa de la motivación, siendo ésta última la corriente la que mejor se aplica a la motivación tal como es entendida hoy en día pues no se interesa en la reconstrucción del “*iter*” mental del juzgador, sino más bien en el texto que expresa y positivamente está incluido en la sentencia.

Especial importancia tiene el desarrollo de la función endoprocesal y extraprocesal de la motivación, tomando como referencia el trabajo realizado por Perelman y Olbrechts-Tyteca sobre auditorio técnico y auditorio general de la argumentación, lo cual debe ser tenido muy presente al momento de la redacción del texto de la motivación, pues el juez no solamente tiene la obligación de emitir una motivación frente a un auditorio técnico, es decir versado en derecho y que tenga la facilidad de entender la terminología jurídica utilizada por el juzgador a si sea de forma excesiva, sino que además debe procurar que sea comprensible incluso para personas que no tengan preparación jurídica, lo cual

beneficiará el ejercicio de la facultad reconocida constitucionalmente de revisión de las actuaciones judiciales.

También se ha realizado una diferenciación entre motivación como actividad y motivación como documento, diferenciación que se enlaza con aquella realizada entre las corrientes psicologista y justificativa de la motivación, ya que la motivación como actividad se refiere a los razonamiento llevado a cabo interiormente por el juez, lo cual vendría a tener una función de autocontrol, mas bien la motivación como documento hace énfasis en los argumentos positivamente expresados en la motivación, teniendo en cuenta los límites que para ello la ley ha considerado de observancia obligatoria.

El aspecto que es desarrollado con mayor amplitud está referido a las dimensiones justificativas de la motivación tanto interna como externa, así la dimensión justificativa interna de la motivación alude al control de logicidad que debe existir en el razonamiento judicial aplicado en la sentencia, por lo que el fallo o decisión del juez debe inferirse lógicamente de las premisas jurídica y fáctica que le sirven de sustento. Sin embargo pese a la reconocida utilidad que la lógica tiene en el razonamiento judicial ella no basta para que una motivación sea considerada adecuada para justificar la decisión del juzgador, por lo que debe tener en cuenta que esta debe estar también justificada externamente.

Por su parte la dimensión justificativa externa pone énfasis en la corrección de las premisas sobre las que se basa el fallo, estableciendo una serie de requisitos que garanticen que las premisas del silogismo jurídico presente en la motivación constituyen buenas razones argumentativas tal y como es señalado por Wroblewski teniendo en consideración su alcance y extensión así como a la esencia misma de las premisas para ser calificadas como buenas razones.

Por lo que de lo que se trata es que las pre-premisas que justifican la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*” estén constituidas por argumentos que validen el uso de las premisas de hecho y derecho contenidas en la sentencia.

Con respecto a la “*quaestio iuris*” se ha tenido en consideración el desarrollo conceptual una serie de puntos como las dimensiones de los argumentos en la interpretación, las concepciones clásicas de la interpretación, los sujetos y objetos interpretativos, las clases de interpretación jurídica y sus dimensiones, etc; así como una serie de definiciones de la interpretación jurídica realizada por autores que por su autoridad y relevancia en el campo del derecho no pueden dejarse de comentar.

También con respecto a la premisa jurídica pero centrándonos en específico en los requisitos que operativamente han de tenerse en cuenta en la redacción de la motivación se ha desarrollado aquellos aspecto que expresamente deben incluirse en la motivación, dando lugar a una propuesta de un contenido mínimo de la misma. Además de ello y como una suerte de apéndice se ha hecho un listado de las más comunes anomalías interpretativas que deben ser salvadas por el juez de modo que evite caer en falacias argumentativas.

Con respecto a la “*quaestio facti*” también ha merecido desarrollo conceptual algunos temas como sus principios rectores, las finalidades que persigue, el uso de sus enunciados, la prueba y su finalidad, los sistemas y esquemas valorativos de la prueba, así como sus estándares, también el uso del sistema de inferencia mediante la aplicación de las máximas de experiencia científicas y propiamente dichas, entre otros puntos.

También se ha desarrollado un contenido mínimo con respecto a la premisa fáctica siendo uno de los puntos principales la inclusión legislativa de la inclusión en la motivación de la valoración individual de las pruebas tal y como es reconocida a la valoración conjunta, debido a que si bien tienen objetos diferentes, su finalidad es la misma, además de que no puede hacerse una valoración conjunta adecuada si es que antes no se realizó una individual y ésta es incluida en la motivación de la sentencia

Así se ha hecho especial énfasis en los requisitos de valoración individual que deben ser incluidos expresamente en la motivación, como los de valoración conjunta.

Finalmente se ha hecho referencia a los requisitos de una adecuada motivación basándonos en tres requisitos, el de logicidad, congruencia y suficiencia de la motivación. Con respecto al requisito de logicidad de ha desarrollado su relación con respecto a la dimensión justificativa interna de la motivación, señalando que como se dijo a pesar de su importancia ella no es suficiente, básicamente por el papel reconstructivo que tiene al ordenar los argumentos mediante una inferencia lógica.

Con respecto al requisito de congruencia el cual se centra en el aspecto cuantitativo de la motivación se han desarrollado también los elementos que ha de tener en cuenta el juez al momento de redactar la sentencia, así como los casos en los que se configura su incumplimiento. Se ha señalado además en este punto la necesidad de ser más enfático en

su construcción legislativa, pues ella no garantiza una respuesta a todas las alegaciones de las partes, tal y como es expresado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que también es reseñada.

El aspecto cualitativo de la motivación es establecido por el requisito de suficiencia, el cual ha sido objeto de un desarrollo más extenso en relación a los anteriores requisitos, puesto que encierra tres elementos: la racionalidad, la coherencia y la razonabilidad.

La racionalidad de una motivación está configurada por el respeto al ordenamiento jurídico, por lo que el juzgador no puede basarse en su sistema personal de valores en sus pronunciamientos excluyéndose aquellas razones que tengan carácter extrajurídico tal como es sostenido por Joseph Raz. A su vez se ha expuesto tanto la dimensión discursiva y argumentativa de la racionalidad objetiva.

La coherencia también presenta una serie de aspectos desarrollados como la coherencia lingüística y argumentativa que conforman los elementos de la coherencia interna de la motivación, así como la coherencia externa que pone énfasis en la vinculación entre los distintos elementos de la sentencia con su motivación, así como la existente entre ésta y las contenidas en otras resoluciones judiciales sobre la materia.

Se ha desarrollado también el requisito de razonabilidad cuya necesidad se manifiesta con más fuerza en los llamados “*hard cases*” puesto que estos debido a la importancia social que manifiestan deben ser objeto de una motivación reforzada. Tenemos las decisiones no discrecionales, casos en los que la razonabilidad de la motivación estará configurada por su racionalidad. Se pueden presentar también casos en las que las decisiones del juez son discrecionales las que se presentan cuando el juez tiene más de una posible solución legítima al conflicto, debido por ejemplo a que se ponen en juego valores sociales de gran importancia para la ciudadanía, por lo que se deberá atender a una serie de requisitos que no solo satisfagan jurídicamente sino también socialmente.

Complementando los requisitos de la motivación, se han expuesto también los casos en los que se incumple con una motivación suficiente, así como los efectos del incumplimiento de la obligación de motivar.

Finalmente se ha incluido un apartado dedicado a las conclusiones arribadas en la presente tesis en la que se hace una breve argumentación de las falencias legislativas que contiene el Código Procesal Civil, lo cual sirve de base para la propuesta de modificatoria que se

incorpora, lo cual mejoraría el tratamiento legal de la motivación de las sentencias en el mencionado cuerpo legal.

Como anexo a la presente Tesis se ha incluido una encuesta realizada a Abogados Colegiados en el Colegio de Abogados de Arequipa a Octubre del 2016, para lo cual se ha elaborado además cuadros porcentuales.



**PALABRAS CLAVE**

**MOTIVACION – SENTENCIA – PROCESO CIVIL**



## ABSTRACT

This thesis has been developed in two chapters:

Chapter I is dedicated to the development of motivation of sentences throughout history, in Peru and in comparative law.

First, Roman civil proceedings have been taken into account in order to establish whether the motivation of judgments has its origin, and the "legis actiones", the form procedure and the "cognitio extraordinem", in which it was not possible to establish its obligatoriness by which it is maintained that although this institution was known, its practice was not formally recognized, nevertheless there are positions that defend its obligatoriedad in the Roman process, especially in the "cognitio extraordinem" which have been collected and commented.

The average age was characterized by a growing interest in the debate of the necessity and convenience of its inclusion or not in judicial pronouncements, which resulted in a variable treatment due to multiple factors typical of the culture of the time that made its application uncertain, so that its compulsory nature was not fully recognized either during this period, depending mainly on the personal preferences of the King, but not on its admission as an obligation of judicial work and on the right of every citizen who resorts to it to obtain a solution to a legal conflict.

A change of regime became necessary. This happened with the French Revolution in 1789, thus giving way to a democratic system that formally recognized that its positive incorporation into the legal system guaranteed a due process of law and whose pronouncement was mandatory for all judges, so it is from this change of regime that the motivation is fully recognized.

Although its recognition was a great achievement, its inclusion was gradual and heterogénea giving to different rhythm depending on the society, also its conceptual development was still insufficient reason why in the nineteenth century began a great variety of Iusophilosophical currents that initiated the conceptual debate on the right, that contributed consequently to the treatment of the motivation, mainly the School of the Exegesis and the Historic School to which also have been developed in the present work. This development of law also continued throughout the twentieth century, influenced mainly by the School of Free Law and Legal Realism that contributed to the conceptual development of the motivation of the sentences, as well as writings of illustrious jurists such as Kelsen and Hart of great importance to understand contemporary legal systems.

Thus, in short, the obligation to motivate sentences throughout history is characterized not to be recognized in Roman law, its partial recognition in the Middle Ages and its full incorporation into legal systems from the time of the Enlightenment only in a democratic regime respectful of the Constitutional State of Right.

With respect to comparative law, the mechanisms that recognize the motivation both at the constitutional and legal levels have been included in the different countries of Latin America (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Uruguay and Venezuela) and Europe (Germany, Spain, France and Italy), which serves us to have a more complete vision and to reflect on the characteristics of the different postures collected

On the other hand, with respect to the obligation of motivation in Peru, has begun with an exposition of the different constitutional provisions that throughout history have regulated it, serving us mainly for a compilation of constitutional texts made by the Peruvian lawyer Domingo García Belaunde.

The Political Constitutions included go from 1812 to the present, being mainly relevant the Political Constitution of 1828, 1834, of 1979 and the one of 1993, in which a slow development in its configuration is appreciated mainly because the text included in the Constitution of 1834 has been repeated literally until 1979, the year in which a new Constitution was granted extending what since 1834 was the text that recognized the motivation of the sentences, which however was insufficient.

A reference to our present Political Constitution of 1993 could not be lacking, which includes in its article an acknowledgment of the obligation to motivate judicial decisions whose text has the virtue to extend its content but also leaves aside the contributions of the text of the Political Constitution of 1979, which has been a matter of comment. Similarly, a review has been made of the articles of the Organic Law of the Judiciary and the Civil Procedure Code that recognize and develop its content.

Chapter II specifically develops the institution of the motivation of sentences, it has been referred initially to the utility of a legal differentiation between the motivation and the basis of the sentences, for which it has been used to different devices which recognize the motivation in the countries described in chapter I, as well as jurisprudential and doctrinal writings that defend different conceptual positions, which led us to support an additional proposal.

With regard to the conceptual development of motivation, reference has been made to the following points:

The senses of motivation in which it differs between weak and descriptive, strong and descriptive and strong and evaluative, the latter being the one that interests the jurisdictional activity because it considers that the arguments that must contain the motivation should be described as good without interest the type of audience to which it is directed and respecting the rules established for its granting, that is to say the respect to the principle of legality, reason why its arguments must be based on right.

We also developed the differentiation established by Manuel Atienza on the context of discovery and the context of justification, which brought to the field of law are related to the currents psychologists and justification of motivation, the latter being the current that best applies to the motivation as it is understood today because it is not interested in the reconstruction of the mental iter of the judge, but rather in the text that expresses and positively is included in the sentence.

Of special importance is the development of the endoprocesional and extraprocesional function of motivation, taking as reference the work done by Perelman and Olbrechts-Tyteca on technical audiences and general audiences of the argumentation, which should be kept in mind at the time of writing This text is motivated by the fact that the judge not only has the obligation to issue a statement of reasons before a technical auditor, that is, he is conversant in law and has the facility to understand the legal terminology used by the judge, if excessively, which should also ensure that it is understandable even for people who have no legal preparation, which will benefit the exercise of the constitutionally recognized power to review judicial proceedings.

There has also been a differentiation between motivation as an activity and motivation as a document, a differentiation that is linked to that made between the currents psychologist and justification of motivation, since motivation as an activity refers to the reasoning carried out internally by the judge , which would come to have a function of self-control, rather motivation as a document emphasizes the arguments positively expressed in motivation, taking into account the limits that for this the law has considered mandatory compliance.

The aspect that is developed with greater amplitude is referred to the justificatory dimensions of the motivation both internal and external, so the internal justification dimension of the motivation alludes to the logic control that must exist in the judicial reasoning applied in the sentence, reason why the judgment or decision of the judge must

logically be inferred from the legal and factual premises that serve as support. However, in spite of the recognized utility that logic has in judicial reasoning, it is not enough for a motivation to be considered adequate to justify the decision of the judge, so it must be taken into account that it must also be justified externally.

On the other hand, the external justification dimension emphasizes the correction of the premises on which the decision is based, establishing a series of requirements that guarantee that the premises of the legal syllogism present in the motivation constitute good argumentative reasons as it is pointed out by Wroblewski taking into account its scope and extent as well as the very essence of the premises to be qualified as good reasons.

So what is involved is that the pre-premises that justify the "quaestio iuris" and the "quaestio facti" are constituted by arguments that validate the use of the premises of fact and right contained in the sentence.

With respect to the "quaestio iuris", conceptual development has taken into consideration a series of points such as the dimensions of the arguments in interpretation, the classical conceptions of interpretation, the subjects and interpretative objects, the kinds of legal interpretation and their dimensions, etc. ; as well as a series of definitions of the juridical interpretation realized by authors that by their authority and relevance in the field of the law can not be left to comment.

Also with regard to the legal premise but focusing on specific requirements that are to be taken into account in the writing of motivation has developed those aspects that must be included in the motivation, resulting in a proposal of a minimum content of the same. In addition to this and as an appendix, a list of the most common interpretative anomalies that must be saved by the judge has been made so as to avoid falling into argumentative fallacies.

With respect to the "quaestio facti", some topics such as its guiding principles, the aims it pursues, the use of its statements, the test and its purpose, the evaluation systems and schemes, as well as its standards , also the use of the system of inference by the application of the maximum of scientific experience and proper, among other points.

A minimum content with respect to the factual premise has also been developed, being one of the main points the legislative inclusion of the inclusion in the motivation of the individual assessment of the evidence as it is recognized to the joint valuation, because although have different objects, their purpose is the same, besides that can not be made

an appropriate joint assessment if not before was made an individual and this is included in the motivation of the sentence

Thus, special emphasis has been placed on individual valuation requirements that must be explicitly included in the motivation, such as those of joint valuation.

Finally, reference has been made to the requirements of an adequate motivation based on three requirements, that of logicity, congruence and sufficiency of motivation. With respect to the logistic requirement of has developed its relation with respect to the internal justification dimension of the motivation, noting that as it was said in spite of its importance she is not sufficient, basically by the reconstructive paper that has to order the arguments by means of a logical inference.

With respect to the requirement of congruence which focuses on the quantitative aspect of motivation, the elements that must be taken into account by the judge at the time of writing the sentence have also been developed, as well as the cases in which their non-compliance is established. The need to be more emphatic in its legislative construction has also been pointed out, since it does not guarantee a response to all the arguments of the parties, as expressed in the jurisprudence of the Constitutional Court, which is also reviewed.

The qualitative aspect of motivation is established by the sufficiency requirement, which has been the object of a more extensive development in relation to the previous requirements, since it contains three elements: rationality, coherence and reasonableness. The rationality of a motivation is shaped by respect for the legal system, so that the judge can not rely on his personal system of values in his pronouncements excluding those reasons that have extra-legal character as sustained by Joseph Raz. At the same time, the discursive and argumentative dimension of objective rationality has been exposed.

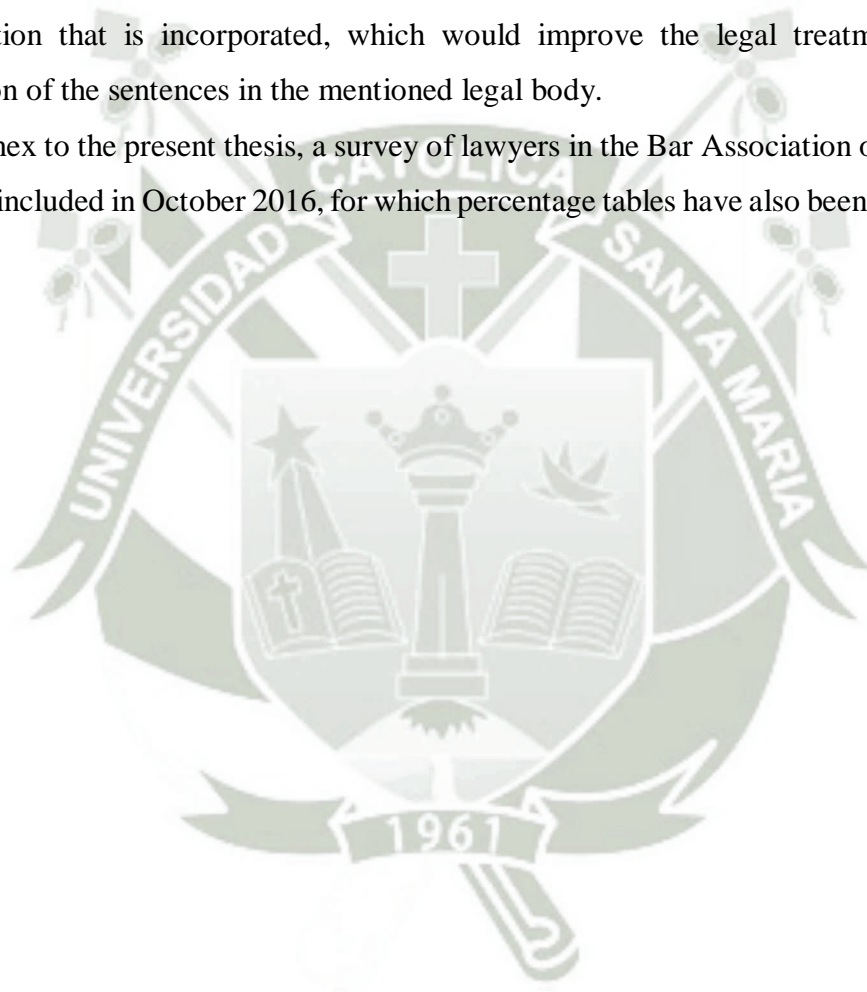
The coherence also presents a series of aspects developed as the linguistic and argumentative coherence that make up the elements of the internal coherence of the motivation, as well as the external coherence that emphasizes in the connection between the different elements of the sentence with its motivation, as well such as that existing between it and those contained in other judicial decisions on the matter.

The requirement of reasonableness has also developed, the need for which is more pronounced in so-called "hard cases" since these due to the social importance they show must be the subject of a stronger motivation. We have non-discretionary decisions, cases in which the reasonableness of motivation will be shaped by its rationality. There may also be cases in which the judge's decisions are discretionary those that arise when the

judge has more than one possible legitimate solution to the conflict, due, for example, to the fact that social values of great importance to citizenship are brought into play, for which must meet a series of requirements that not only satisfy legally but also socially. Complementing the requirements of the motivation, have also been exposed in cases where there is a lack of motivation, as well as the effects of failure to comply with the obligation to motivate.

Finally, a section dedicated to the conclusions arrived at in the present thesis has been included, in which a brief argumentation is made of the legislative shortcomings contained in the Code of Civil Procedure, which serves as a basis for the proposal of modification that is incorporated, which would improve the legal treatment of the motivation of the sentences in the mentioned legal body.

As an annex to the present thesis, a survey of lawyers in the Bar Association of Arequipa has been included in October 2016, for which percentage tables have also been developed.



**KEYWORDS**

**MOTIVATION - SENTENCE - CIVIL PROCESS**



## INTRODUCCION

Toda sociedad ansía coexistir en un ambiente de paz, tranquilidad y armonía, sin embargo el mismo hecho de vivir en sociedad hace que surjan conflictos de intereses entre sus miembros, los cuales necesitan ser solucionados.

Antiguamente estos conflictos tenían una “solución” auto compositiva, es decir el conflicto era solucionado en privado por las partes sin la intervención de un tercero, lo cual daba como resultado que la parte más fuerte sea la beneficiada dando paso así a la injusticia; sin embargo con el tiempo las sociedades evolucionaron y optaron por dejar la solución de los problemas entre sus miembros en manos de un tercero no interesado en el mismo; así nació la actividad jurisdiccional, la cual es confiada por la sociedad a un grupo de personas que impartan justicia en su nombre.

Así las cosas, es una preocupación actual el de que los procesos judiciales estén enmarcados en el llamado debido proceso legal, el cual comprende en sus aspectos procesales numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes cuanto con la jurisdicción<sup>1</sup>, por ello son muchas las garantías recogidas en nuestro ordenamiento jurídico las cuales son llamadas a cumplir con la finalidad de un debido proceso. Se pueden mencionar garantías como la instancia plural, la cosa juzgada, el derecho al juez natural, el de publicidad de los procesos judiciales, etc., todas ellas de gran importancia en toda administración de justicia que pueda llamarse moderna y ajustada a los requerimientos de un proceso judicial garantista, orientadas a garantizar a las partes de un proceso una decisión justa que les otorgue seguridad jurídica.

Dentro de esas garantías reconocidas en nuestra legislación se encuentra la obligación del juez de motivar sus resoluciones judiciales y en especial sus sentencias; hago hincapié en que la obligación de motivar las sentencias se encuentra únicamente reconocido en

---

<sup>1</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal, El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos – jurisprudencia, Jurista, Lima, 2003, pp. 46.

nuestra legislación ordinaria, a pesar de que se esperarí­a que su tratamiento sea más detallado a dicho nivel y, sin embargo, nos encontramos que no es más que una repetición, (incluso a veces imprecisa) de lo mencionado en nuestra Constitución Política.

A pesar de la innegable necesidad de que las decisiones judiciales sean motivadas nuestra legislación no da al juzgador las herramientas necesarias para cumplir de una manera adecuada con dicha obligación, pues la regula de manera muy lata asignándole solamente unos cuantos artículos en los cuales se reconoce el deber del juez de motivar sus decisiones pero dejando de lado la parte más importante que es el modo en que se debe realizar, es decir, establecer de manera precisa los requisitos de una adecuada motivación, pues si bien se señala que la motivación debe contener un pronunciamiento de hecho y de derecho, ello resulta insuficiente.

La función judicial cumple un rol muy importante en la sociedad, pues pone fin a los conflictos jurídicos para lo cual se sirve de diferentes instituciones que garantizan un debido proceso legal y seguridad jurídica siendo una de las más importantes la motivación, la cual es la piedra angular de toda sentencia, en ella el juez justifica el porqué de su decisión en un determinado caso, de manera que dicha decisión pueda ser controlada no solamente por las partes interesadas en tal decisión o por el juez superior jerárquico, sino además por el público en general.

La doctrina viene tratando de llenar este vacío, sin embargo ello no es suficiente, pues no solo se pueden encontrar posiciones discrepantes sobre los requisitos de una debida motivación de la sentencia, sino que debido a las marcadas diferencias socio-culturales en nuestro país, los ciudadanos de las zonas menos desarrolladas estarían siendo objeto de indefensión debido a que los jueces solo tiene acceso al texto de la ley o ésta es tenida como suficiente para cumplir con su labor, por lo que creo que es necesaria una regulación más exhaustiva sobre la motivación, teniendo en cuenta que es ella la que determinará si una decisión se adecua a los requerimientos de una sociedad respetuosa de un Estado Constitucional de Derecho.

Debido a la naturaleza de su función, el juzgador está obligado a dar respuestas a todos los conflictos llevados ante él, por lo que es necesario conocer los motivos por los que el toma partido por una decisión determinada y descarta otras que pudieran poner término a un conflicto, de modo que el juez se vuelve responsable por sus decisiones, siendo la independencia en sus decisiones y la responsabilidad por ellas las dos caras de una misma moneda<sup>2</sup>; siendo esto así, de no estar reconocida adecuadamente esta institución, la posibilidad de que el juzgador responda por sus decisiones se vería disminuida, pues solamente sería necesario que le procure una solución al conflicto cualquiera que sea sin atender a criterios adicionales como la razonabilidad, coherencia, racionalidad<sup>3</sup>, etc., que considero necesarios para una adecuada motivación de la decisión judicial.

Es necesario un tratamiento preciso de la motivación de las resoluciones en general y de la sentencia en específico, desde una diferenciación conceptual entre los diferentes términos que hacen alusión a la motivación (como la fundamentación) así como sus requisitos propiamente dichos, ello facilitará el control sobre las decisiones de los juzgadores y dará a estos las herramientas necesarias para cumplir apropiadamente con su obligación de motivar las sentencias que emitan.

---

<sup>2</sup> RENTERIA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2ª edición, Fontamara, México D.F., 2002, pp. 21

<sup>3</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 161 y ss.

## CAPITULO I.

### LA OBLIGACION DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS A TRAVES DE LA HISTORIA, EN EL PERU Y EN EL DERECHO COMPARADO

#### 1) EL DERECHO PROCESAL Y LA MOTIVACION DE LA SENTENCIAS DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA EL SIGLO XX

##### a) Antecedentes:

Clásicamente, se reconoce que el derecho tiene como finalidad resolver los conflictos que se den en una determinada sociedad, para ello en la actualidad contamos con autoridades legalmente elegidas que aplica las normas jurídicas que el Estado promulga para finiquitar dicho conflicto, mediante la pronunciación y otorgamiento de una sentencia, en la cual la motivación de la decisión contenida en ella tiene una sustancial significancia en una sociedad respetuosa del estado de derecho.

La motivación de la sentencia es una institución de gran importancia pues gracias a ella es posible ejercer un control sobre la decisión vertida en el documento de sentencia por un juzgador, la posibilidad de impugnar dicha decisión es lo que hace tan primordial su establecimiento en las legislaciones modernas, pues así el juez no solo tendrá que ejercer sus potestades jurisdiccionales dentro de un marco legal establecido con anterioridad sino y sobre todo está obligado a justificar adecuadamente el modo en que resuelve los conflictos llevados ante él. Pese a su reconocida importancia actual no siempre tuvo esa preponderancia en el pasado, por lo que es necesario y útil desarrollar su evolución y determinar cuándo se hace obligatoria.

Antes de la instauración de un poder superior (el Estado) al cual todos estamos sujetos y por lo que debemos ser respetuosos de las reglas que obligan a un determinado comportamiento para una convivencia pacífica de la sociedad, los conflictos se resolvían en primer lugar de forma violenta, atendiendo a la ley del más fuerte.

Sin embargo con el constante desarrollo de la sociedad y sus necesidades se hizo necesario dejar atrás la forma de resolución de conflictos mediante la autotutela o

autodefensa, la cual es caracterizada por Aragonese Alfonso<sup>4</sup> como “la acción violenta, directa, la imposición de la fuerza antes que de las razones, el origen de la defensa privada y de la venganza, esa justicia salvaje”. Ello era así pues, como señala González Pérez “los hombres no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencia, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí mismos”, y añade que “consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas, acordaron unirse en sociedad y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y justicia”.

Por ello el paso siguiente en el método de solución de conflictos es el heterocompositivo en el cual un tercero imparcial dotado de autoridad ya sea por las partes o por el Estado dirime los conflictos llevados ante él. Este tipo de solución de conflictos caracterizada como forma civilizada y racional de solucionar conflictos es iniciado en el derecho romano, y tal era su importancia que incluso existieron medidas dictadas por Augusto que condenaban la justicia de propia mano, así como lo dispuesto por Marco Aurelio que estableció que quien recurriera a ella perdería el derecho que trataba de defender<sup>5</sup>.

Por lo cual, es necesario remontarnos en primer lugar al clásico derecho romano para establecer si la motivación de las sentencias tiene ahí sus orígenes o si por el contrario su obligatoriedad para los jueces es posterior.

#### **b) La motivación en el Derecho Romano:**

El derecho procesal o derecho de acciones como se le designaba en Roma estaba caracterizado por la intervención de tribunales y jueces, tuvo un mayor desarrollo a partir de la época de la República romana (509 a.C. – 27 a.C.) con el fin de la monarquía. En un principio los jueces era elegidos de entre los ciudadanos sin que estos tuvieran la calidad de funcionario públicos, posteriormente con el desarrollo paulatino del derecho procesal se establecieron jueces que tenían la calidad de funcionario estatales.

---

<sup>4</sup> Quiroga León, Aníbal, “*El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*”, Jurista editores, Lima, 2003, pp. 42 – 43.

<sup>5</sup> Morineau Iduarte, Martha y otro, “*Derecho romano*”, Oxford University Press, 3ª reimpresión de la 4ª edición, México D.F., 2000, p. 86.

En el derecho romano pueden distinguirse 3 etapas distintas: la etapa clásica temprana (130 a.C. - 30 a.C.) en que coexisten los antiguos procedimientos de las “*legis actiones*” y el procedimiento formulario, la etapa clásica alta (30 a.C. – 130 d.C.) periodo en que el monopolio procesal pasa a manos del procedimiento por formulas, y la etapa clásica tardía (130 d.C. – 230 d.C.) en la que el procedimiento por formulas cede a la implantación de la “*cognitio extraordinem*”<sup>6</sup>.

Estos 3 tipos de procedimientos caracterizaron también las distintas etapas políticas de Roma, así, las “*legis actiones*” se utilizaron en la época de la Monarquía romana pero quedó establecida en el derecho de la época republicana con la ley de las XII tablas, el “*agere per formulam*” que nace en el periodo republicano y finalmente la “*cognitio extraordinem*” que corresponde al periodo del Imperio absoluto<sup>7</sup>.

Los procedimientos correspondientes al “*ordo iudicium privatorum*”, al que pertenecen las “*legis actiones*” y el “*agere per formulam*”, se caracterizaban por la división de funciones judiciales entre el magistrado (pretor) y el juez (ciudadanos elegidos por las partes para dirimir un conflicto) el primero tenía como función el de precisar el objeto del conflicto y el juez por su lado examinaba los hecho llevado ante él por las partes para luego emitir su opinión al respecto mediante una sentencia. En cambio en la “*cognitio extraordinem*” los magistrados se encargaron del proceso de principio a fin, quedando eliminada la división de funciones entre magistrados y jueces, salvo en los casos menos importantes en los cuales era común delegar la tarea de examinar la causa a los “*judices pedanei*”<sup>8</sup>.

- i) **Las “*Legis Actiones*”:** Este procedimiento estaba reservado para la solución de conflictos entre ciudadanos romanos y se caracterizaba por la utilización de fórmulas exactas que debían ser recitadas con exactitud por las personas que las invocaban; las partes debían recitar ante el magistrado la pretensión y la contestación a ella, respectivamente según formularios, cuyo tenor se apoyaba estrechamente en las prescripciones correspondientes de las XII Tablas y de algunas

---

<sup>6</sup> Samper, Francisco, “*Derecho romano*”, ediciones Universidad Católica de Chile, 2° edición, Santiago, 2007, p. 19.

<sup>7</sup> Morineau, Martha, op. cit., p. 89.

<sup>8</sup> Petit, Eugene, “*Tratado elemental de derecho romano*”, (trad. José Ferrández González), editorial Porrúa, 23° edición, México D.F., 2007, pp. 616 – 617.

leyes populares posteriores<sup>9</sup>. Dichas formulas eran proporcionadas por los pontífices a cargo de los sacramentos religiosos en Roma.

Este tipo de procedimiento tiene su origen en el antiguo derecho quirritario, en el cual derecho y religión se consideraban una unidad debido al origen divino de aquel, por lo cual los pontífices tenían gran preponderancia.<sup>10</sup> Tuvo dos fases:

**(1) Etapa “*In iure*”:** En ella se establecía la “*litis contestatio*” por medio de los rituales ofrecidos por los pontífices para dicho fin y el establecimiento de testigos que dieran fe de la existencia de litigio entre las partes.

**(2) Etapa “*In Iudicio*”:** En esta segunda fase, las partes exponían al pretor romano o a un juez privado libremente escogido por ellos el conflicto suscitado, la cual terminaba con su “*iudicium*” es decir son su opinión sobre el caso y así finalizaba el litigio.

Este procedimiento adolecía de graves defectos que hicieron que sea imposible su continuidad<sup>11</sup> como la dificultad de aprender de memoria los textos solemnes y en caso de error ello conllevaba la pérdida del caso, así como el abandono del carácter mágico religioso de dichos textos a partir de las publicaciones de Cneo Flavio, y también el hecho de que este procedimiento era solo para ciudadanos romanos por lo que en cuanto a los conflictos entre romanos y extranjeros se debió utilizar otro tipo de procedimiento, lo cual conllevó a la creación del proceso formulario.

Como se podrá apreciar ese tipo de proceso no ejerce ningún tipo de control sobre los motivos que llevo pretor o juez privado a su “*iudicium*” por lo que es claro la inexistencia de alguna obligación de motivarla en este proceso, y ello se basa en que citando a Molé había libertad en la apreciación de los medios de prueba que tenía el juez privado y la inexistencia de medios de impugnación.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Kunkel, Wolfgang, “*Historia del derecho romano*”, (trad. Juan Miquel), Editorial, Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1972, p. 96.

<sup>10</sup> Recién en la época romana tardía, se distinguió 02 tipos de derecho: el “*fas*” o derecho divino revelado por los dioses que regulaban las relaciones entre estos y los seres humanos y el “*ius*” que era el derecho humano y que regulaba las relaciones entre ellos.

<sup>11</sup> Morineau, Martha, op. cit., p. 93.

<sup>12</sup> Aliste, Santos, Tomás, “*La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*”, en Revista Pensamiento Jurídico, Nro. 21, Enero – Abril, Bogotá, 2008, p. 21.

ii) El **“Agere per Formulam”**: Este procedimiento estuvo destinado a dirimir los conflictos suscitados entre los ciudadanos romanos con los extranjeros, pero debido a la excesiva ritualidad de las *“legis actiones”* fue ganando popularidad y finalmente Augusto en el siglo 17 a.C. estableció este procedimiento también para dirimir conflictos entre romanos. También contaba con dos etapas:

(1) **Etapa “In Iure”**: Esta etapa tenía similares características a la fase *“in iure”* de las *“legis actiones”* salvo que en lugar de los pontífices era el Pretor romano quien se encargaba de dar las formulaciones de los términos del litigio, así también se designaba a un juez o jurado encargado de decidir en la siguiente etapa.

(2) **Etapa “In Iudicio”**: En ella las partes en litigio o sus abogados exponían la causa y ofrecían los medios de prueba al juez o jurado, finalizado ello el juez fallaba sobre el caso; dicho fallo tenía carácter de obligatorio acatamiento para las partes.

La *“sententia”* en el derecho formulario era una opinión, es decir un juicio prudencial emitido por el juez de cuál es la manera más adecuada de resolver el conflicto llevado ante él<sup>13</sup>, la cual se otorgaba oralmente en presencia de las partes sin alguna solemnidad especial y la condena se hacía siempre mediante un monto de dinero.

Con respecto a la motivación de la sentencia en este procedimiento existen contradicciones doctrinarias<sup>14</sup>, por un lado autores como Emilio Betti señalan la falta de motivación en el procedimiento por formula así como Emilio Costa el cual basándose en un fragmento de Ulpiano en el Digesto: *“in summa sufficient, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit”* que en español sería: “es suficiente con que el juez exprese en la sentencia la suma, señalando que se pague o que se entregue o diga lo mismo con otras palabras”. Por otro lado autores como Vittorio Scialoja o Humberto Cuenta señalan que a pesar de que no estaban obligados a motivar sus sentencias, no estaban impedidos de hacerlo, o que a pesar de no haber una obligación legal para ello, el motivar las sentencias les daba a sus jueces un mayor prestigio social y autoridad a sus decisiones.

---

<sup>13</sup> Díaz Sampedro, Braulio, *“La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica, en Foro Nueva Época, revista de ciencias jurídicas y sociales”*, Nro. 05, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, p. 110.

<sup>14</sup> Aliste Santos, Tomás, op. cit., p. 25.

No comparto la opinión de Scialoja y Cuenta, pues los jueces en el procedimiento por formulas no tenían necesidad de darle más autoridad a sus decisiones pues estas eran de por sí obligatorias para las partes, es posible que algunos jueces motivaran sus decisiones pero ello no era obligatorio ni una práctica común en aquella época, por lo que tampoco se advierte la práctica de la motivación como una obligación en este tipo de procedimiento.

Bravo González y Bravo Valdés<sup>15</sup>, señalan como una característica de las sentencias en el procedimiento formulario que esta debe ser motivada y fundada, sin embargo señala además que la sentencia es ley para las partes, por lo que excluye toda búsqueda ulterior de la verdad, ya que en sí misma es tenida “*pro veritate*”. Ello es algo contradictorio pues si el solo otorgamiento de la sentencia le da a esta la calidad de verdad incontestable no sería necesario que el juzgador expresara los motivos de su decisión, en todo caso sería una práctica personal hacerlo mas no una obligación, ello teniendo en cuenta también que<sup>16</sup> no se prescribía una formula especial a la que deba ceñirse el juez al dictar sentencia.

Kunkel sostiene que contra la decisión del magistrado no había otro recurso que la Intercesión<sup>17</sup> de otro magistrado de igual o mayor rango, y una vez comprobadas las circunstancias del caso el magistrado tenía la oportunidad de exponer los motivos de su decisión, sin embargo creo que es errada la afirmación de que existiera una jerarquización entre los jueces en dicha época, pues ellos no tenían la calidad de funcionarios públicos, por lo que a pesar de reconocerse que era posible la revisión de una sentencia por otro juez, este no era el superior jerárquico del anterior.

**iii) La “*Cognitio Extraordinem*”:** Fue pensada originalmente para dirimir conflictos no considerados ni en las “*legis actiones*” ni en el procedimiento formulario, sin embargo acabo por remplazarlas debido a sus características particulares que la hacían más idónea para resolver conflictos, entre ellas se puede mencionar la supresión del sistema de fórmulas, el formalismo escrito, el conocimiento del

---

<sup>15</sup> Bravo González, Agustín y otra, “*Derecho romano, primer curso*”, editorial Porrúa, 26° edición, México D.F., 2009, p. 294.

<sup>16</sup> Padilla Sahagún, Gumesindo, “*Derecho romano*”, Mc Graw-Hill, 4° edición, México D.F., 2008, p. 139.

<sup>17</sup> Kunkel, Wolfgang, op. cit., p. 294.

proceso por un único juez y sobre todo la posibilidad de impugnar la sentencia mediante apelación.

Esta última característica, es decir la apelación de la sentencia así como el conocimiento de la causa por un juzgador jerárquicamente superior refuerza la teoría de que era común la práctica de la motivación, pues existe una ligazón muy íntima entre los motivos de la sentencia y la posibilidad de apelarla, ya que solo conociendo dichos motivos o incluso en un caso extremo si la sentencia no contuviera motivación se podría esgrimir todo tipo de argumento en contra de dicha decisión, por lo que sería necesario argumentar dicha sentencia para que se conozcan los motivos de la decisión por parte de los litigantes o el juez superior jerárquico.

Vinsky<sup>18</sup> señala que en la “*cognitio extraordinem*” es posible que la motivación de la sentencia se haya hecho más importante pues a diferencia del proceso formulario y las “*legis actiones*” en las que las partes elegían a alguien de su confianza para dirimir el conflicto y dar una solución a esta, en la “*cognitio extraordinem*” el juzgador era ya un funcionario del Imperio con mayores facultades discrecionales, pues no estaba limitado por las formulas y rituales que eran comunes en los procedimientos del “*ordo iudicium privatorum*”.

Autores como Murillo Villar ven en esta ampliación de las posibilidades de decisión del juzgador romano una señal de mayor libertad en el ejercicio de la jurisdicción y por lo tanto en la justificación de la sentencia, sin embargo la mayor libertad en la formulación de la sentencia no sería una causa “*sine qua non*” de la exigencia de su motivación, pues solamente este tipo de procedimiento amplía las posibles soluciones que no le eran posible en los procedimientos anteriores y ello no conlleva automáticamente una obligación por parte del juzgador de motivar sus sentencias.

Reforzando lo mencionado, no se conoce ningún dispositivo legal del derecho romano que establezca taxativamente la obligación de motivar en este procedimiento por parte del juez que conoce la causa, pero el hecho de que se aceptara la posibilidad de impugnar una sentencia para que esta sea conocida por un juzgador de mayor jerarquía nos induce a pensar que posiblemente su práctica

---

<sup>18</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*”, en Cuadernos de Historia del Derecho, Nro. 02, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 17.

era generalizada, pues como se mencionó anteriormente no es posible pensar en impugnar una sentencia sin conocer los motivos que le dieron origen.

Existen posiciones que defienden la inclusión normativa de la institución de la motivación en el derecho romano, Murillo Villar<sup>19</sup> señala que en una Constitución de finales del siglo IV de la era cristiana perteneciente a los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano es palpable su tratamiento normativo, el cual textualmente dice: “creemos debe mandar por esta ley perpetua, que los jueces a quienes obliga la necesidad de conocer y de fallar, no redacten súbitamente las sentencias, sino ponderándolas antes para sí habiendo deliberado después del negocio y que enmendadas las transcriban inmediatamente en la demanda, guardada su fidelidad, y escritas las lean a las partes en la demanda, pero sin que después tengan facultad para corregirlas o cambiarlas”.

No comparto la opinión de Murillo Villar<sup>20</sup> que defiende la posible obligatoriedad de motivar las sentencias del juez romano ya que este respondía en todos aquellos casos en que con su sentencia produzca algún perjuicio a los litigantes por medio de la “*actio si iudex litem suam fecerit*” pues como él mismo menciona el juez romano “tendería” y solo eso, a motivar sus sentencias aun cuando dicha obligación no existiese formalmente, por lo que no puede defenderse que en los procedimientos romanos inclusive en la “*cognitio extraordinem*” era un deber del juez motivar sus sentencias, ya que esta era a lo sumo una práctica poco usual en aquella época que no acarrea ninguna sanción o responsabilidad sin importar que la decisión a la que haya llegado sea considerada justa o no.

Podemos considerar que no existía la obligación de motivar por parte de juez romano, sin embargo es posible que esta se llevara a cabo a fin de evitar en contra de él la referida “*actio si iudex litem suam fecerit*”,<sup>21</sup> sin embargo ello no quiere decir que todas aquellas sentencias que no contuvieran motivación fueran objeto de dicha acción ni que todas aquellas sentencias que contuvieran expresamente la motivación de la decisión tomada por el juzgador no fueran objeto de impugnación,

---

<sup>19</sup> Aliste Santos, Tomás, op. cit., pp. 29 – 30.

<sup>20</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español*”, en Teoría e Storia del Diritto Privato, Rivista Internazionale, Nro. 05, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni dell'Università degli Studi di Salerno, Napoli, 2012, p. 14.

<sup>21</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*La motivación...*”, p. 19.

por lo que quedaba dentro del arbitrio del juzgador incluir en su sentencia una justificación de su decisión o no.

El argumento del binomio motivación/apelación es defendido por autores como Murillo Villar y Aliste Santos, aun cuando como menciona Vinsky<sup>22</sup>: “no se encuentra ninguna declaración, ni en los papiros, ni en las fuentes del derecho imperial, que induzca a pensar que el juez tuviese un deber de motivar las sentencias”. Es claro que en la actualidad nos es imposible desligar la institución de la motivación con la de la apelación, sin embargo si bien es cierto que la apelación era permitida en el derecho romano, eso no quiere decir que el juez estuviera obligado a motivar, pues la autoridad de una sentencia devenía de la figura del juez no de la ley, por lo que si una persona decidía apelar una sentencia, lo hacía independientemente si estaba motivada o no.

En todo caso lo mencionado en la Constitución citada se trataría de una recomendación sobre la operación mental que debería hacer el juez antes de tomar una decisión sobre el caso. En cambio sí tenía ciertos límites que debía respetar<sup>23</sup> como que debe enunciarse de acuerdo a la fórmula, aplicar los principios del derecho so pena de nulidad y pronunciamiento en un término de tiempo fijado con anterioridad.

La sentencia era definitiva, escrita y susceptible de apelación, debido en que en la “*cognitio extraordinem*” a diferencia del formulario se jerarquiza a los jueces, por lo que era posible la “*apellatio*”, ello es lo que motiva a sugerir que los jueces tenían como practica justificar sus sentencias, pues al reconocerse la posibilidad de apelar una sentencia, esta debería contener una motivación, sin embargo no solo no existen regulación legal que obligue al juez a motivar su sentencia, es más debido a la larga tradición de no motivar las sentencias durante la “*legis actiones*” y el procedimiento formulario es probable que no la hiciera, más si tenemos en cuenta lo mencionado por Samper<sup>24</sup> que quien apelara y posteriormente sea rechazada dicha apelación le conllevaba severas penas como la confiscación o relegación,

---

<sup>22</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*Antecedentes históricos...*”, p. 13.

<sup>23</sup> Petit, Eugene, op. cit., p. 639.

<sup>24</sup> Samper Francisco, op. cit., p. 120.

además de correr con las costas respectivas por lo que su práctica sería desaconsejable.

En resumen no hay una normatividad que regule expresamente la motivación de las sentencias en la “*cognitio extraordinem*”, sin embargo ya la sentencia no es la opinión de un juez o árbitro designado por las partes cuya decisión deberá ser acatada por los litigantes, el juez pasa a ser parte del poder público romano controlado por una instancia superior en virtud del recurso de apelación, es por ello muy posible que esta institución no haya sido ajena al sistema jurídico romano y haya sido practicada a pesar de haber sido regulada.

**c) La motivación en el Medioevo:**

El derecho medieval comprende el periodo que va desde el siglo XIII hasta bien entrado el siglo XVIII, antes de dicha época, durante la Alta Edad Media la organización judicial era primitiva, así por ejemplo en Alemania los procedimientos se basaban en pruebas irracionales como las ordalías y la prueba de los conjurados, posteriormente el procedimiento se volvió extremadamente formalista al punto que el juez no estaba en contacto en ningún momento con las partes y solo conocía de la causa a través del expediente, la sentencia por otra parte no era apelable<sup>25</sup> por considerarse que el proceso terminaba con un juicio de Dios.

Por otro lado, como señala el profesor Silva Vallejo, no es justo hablar de un derecho propio del medioevo, sino más bien una continuación, una “segunda vida”<sup>26</sup> del clásico derecho romano, el cual inclusive tiene gran influencia hasta el día de hoy, esta tesis se apoya en los argumentos de romanista como Savigny que señalan que el derecho romano persistió en las partes que quedaron del imperio romano luego de las invasiones bárbaras, tesis apoyada por juristas como Conrat, Bonfante y Vinogradoff, este último señala que la obra de los glosadores y de los comentaristas aparece ahora como obra de verdaderos y fieles intérpretes de la legislación de Justiniano, agregando que los postglosadores no crearon un derecho nuevo, siendo los intérpretes de aquellas fuentes y del derecho en ellas contenido.

---

<sup>25</sup> Silva Vallejo, José Antonio, “*El derecho procesal en la edad media*”, Cultural Cuzco editores, Lima, 1998, p. 62.

<sup>26</sup> *Ibíd*em, pp. 18 – 20.

La institución de la motivación de las sentencias durante la edad media estaba caracterizada principalmente por su dudosa e inestable obligatoriedad, ello llevó a una inseguridad jurídica por parte del juzgador sobre si debía o no motivar sus sentencias, lo cual responde a una serie de factores particulares del régimen monárquico que analizare a continuación:

- i) La figura del Rey:** La figura del monarca está identificada con la de la divinidad. El rey es *“imperator in regno suo”*, esto es, asume los derechos mayestáticos asignados por el derecho romano al Emperador; su voluntad tiene valor de ley y a su vez se muestra libre y desvinculado de las propias leyes *“legibus solutus”*<sup>27</sup>, de ese modo se le atribuye al monarca el derecho exclusivo de la producción legal. Debido a esto, nadie tendría el valor de contradecir al rey ni su autoridad.

Gian Paolo Massetto mencionó en el siglo XVI que los integrantes de los tribunales supremos son partes *“corporis principis, imsum repraesentant”*, o sin más *“inherent principi sicut stellae firmamento coeli”*, y sin el *“princeps videtur procedere tanquam Deus in terris”*, “un dios que es verdad y que por lo tanto no puede errar”, entonces “algo semejante puede decirse de los cuerpos judiciales por ellos compuestos”. Así también escribió Jacques D’Ableiges en el siglo XIV que la corte no se encontraba obligada a seguir ningún estilo porque ella puede hacer lo contrario cuando le plazca, pues el tribunal capital del reino y el rey es emperador en su reino<sup>28</sup>.

- ii) La importancia del clásico derecho romano:** A decir de Martínez Martínez<sup>29</sup> el derecho medieval estaba caracterizado por la presencia total del derecho común romano-canónico, basado en el prestigio de la obra de Justiniano y la autoridad del Papado el cual se extendió casi por toda Europa, contando con el total apoyo de los monarcas de ese entonces, época dominada por darle una muy marcada importancia a la divinidad, por lo que se da esa unión entre Dios y el derecho, pues este era dado por aquel a los hombres y donde el derecho se identificaba con la figura de la

---

<sup>27</sup> Prieto Sanchís, Luis, *“Interpretación jurídica y creación judicial del derecho”*, Palestra, Lima, 2005, p. 47.

<sup>28</sup> Accatino Scagliotti Daniela, *“La motivación de las sentencias, genealogía y teoría”*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, 2005, Granada, pp. 43 – 44.

<sup>29</sup> Martínez Martínez, Faustino, *“Ecos cronísticos del rey-juez medieval”*, en Cuadernos de Historia del Derecho, Vol. Extraordinario, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pp. 306 – 307.

justicia, es decir no había una separación entre derecho y moral y ya que el derecho tenía un origen divino este era perfecto y no era cambiante.

Del mismo modo se expresa Colomer, el cual menciona que, básicamente su derecho era el clásico derecho romano, el cual era conocido y aplicado a través de glosas, el cual consistía en un brocardo que daba solución a un conflicto jurídico y por lo que su motivación estaba implícita<sup>30</sup>.

Sin embargo no solo se aplicaba el derecho romano, sino también la producida por el monarca, lo que desalentó la práctica de la motivación. Díaz Sampedro citando a Tomas y Valiente<sup>31</sup> señala que una de las razones para la indeterminación procesal de dicha época era que, debido a que los reyes de la monarquía absoluta querían proteger su propio derecho frente a la excesiva aplicación de la tradición jurídica proveniente del derecho romano, al evitar incluir una motivación de los fallos judiciales se evitaba poner en entredicho el derecho dado por los monarcas absolutos.

**iii) Variedad de tratamiento territorial:** El hombre del medievo vivía una constante pugna entre diferentes fueros independientes, el feudo o señorío, la aldea, el castillo o el monasterio, el Imperio, el Papado, y debido a esta variedad y el poco interés en unificar el derecho es que cada grupo de personas ideaban las soluciones que más se ajustaban a sus demandas<sup>32</sup> y en la que la costumbre a falta de la organización de un poder judicial centralizado juega un papel preponderante más que en cualquier otra época.

En España se podían distinguir claramente dos sistemas opuestos con respecto a la obligación de motivar las sentencias, por un lado se encontraba el sistema de la Corona de Castilla en la cual la práctica de la motivación no era obligatoria, así que generalmente los jueces no motivaban sus decisiones; por otro lado la Corona de Aragón señalaba que era obligatorio la expresión de los fundamentos del fallo.

---

<sup>30</sup> Colomer Hernández, Ignacio, *“La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 62.

<sup>31</sup> Díaz Sampedro, Braulio, op. cit., p. 67

<sup>32</sup> Martínez Martínez, Faustino, op. cit., p. 309.

Sin embargo existían excepciones<sup>33</sup> pues en el Reino de Castilla tanto la Real Audiencia de Granada como el Consejo de la Cruzada motivaban las sentencias y en el Reino de Aragón, Mallorca era la excepción pues no motivaba sus fallos hasta que como menciona Abelardo Levaggi, en 1717 Felipe V ordenó a la audiencia mallorquina que se expresaran los fundamentos de la sentencia, posteriormente Carlos III bajo el movimiento del despotismo ilustrado por medio de una Real Cedula Prohibitiva dispuso en 1768 que cesara la práctica de motivar, argumentando que esta era un mero resumen del proceso<sup>34</sup>.

Esta heterogeneidad con respecto a la motivación en los dos reinos era muy marcada, incluso con la convergencia entre las coronas de Castilla y Aragón con la boda de los Reyes Católicos en 1469 que formaría a futuro la Corona de España ambos reinos conservarían sus propios sistemas legales.

En Francia<sup>35</sup> citando a Garriga y Lorente al menos desde el siglo XIV (y a despecho de las peticiones en contrario que se registraron en los siglos XVI y XVII) también se consideraba inconveniente la práctica de motivar las sentencias.

En los estados Italianos durante el siglo XVI se alentaba la práctica de la motivación, tal como lo hicieran Florencia, Siena, Perusa, Bolonia, Génova, Lucca y el Ducado de Parma Piacenza. En el siglo XVIII se sumaron Prusia, Baviera, Nápoles, Trento y Módena<sup>36</sup>.

**iv) Variedad en el tratamiento de la motivación:** La política jurídica de cada rey era cambiante, de acuerdo al interés que tenía en la regulación homogénea del derecho en general y la motivación en especial, así cada monarca tenía sus propias ideas de

---

<sup>33</sup> Falcón, Juan Pablo, *“La libertad en los tiempos de tiranía, sobre ideas, evolución y el paradójico nacimiento legislativo de la motivación judicial”*, en Revista Lecciones y Ensayos, Nro. 85, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, p. 139.

<sup>34</sup> La Real Cedula de Carlos III dice así: *“para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de sus litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias; los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes”*. En Rodríguez Boente Sonia, *“La justificación de las decisiones judiciales, el artículo 120.3 de la Constitución española”*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, p. 215.

<sup>35</sup> Garriga, Carlos y otra, *“El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855)”*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Nro. 01, 1997, pp. 102 – 103.

<sup>36</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., p. 49.

cómo debían regirse sobre su mando, si tener en cuenta mucho una continuidad con el régimen que le precedió.

El Rey Felipe V impulsó la incorporación de la motivación de las sentencias judiciales por medio de sus Decretos de Nueva Planta de 1717, como ejemplo de ello podemos mencionar la real cedula del 11 de Diciembre del mismo año dada en consulta del Consejo de Castilla sobre algunas dudas formuladas por la Real Audiencia de Menorca en la que se ordenó “que las sentencias, decretos, provisiones, se escriban en castellano expresando motivos”<sup>37</sup>.

No solo los monarcas tenían discrepancias sobre si se debía o no motivar las decisiones de los jueces, también entre los romanistas de la época existía esta discordancia, ejemplo de la corriente que desaconsejaba la motivación de las sentencias tenemos el Decreto “*Sicut Novis*”<sup>38</sup> de Inocencio III quien en 1199 advirtió que la sentencia “*propter auctoritatem judicariam deber*” es decir que la autoridad del juez protegía a la sentencia con una presunción de validez que hacia innecesaria su motivación. Esto era utilizado por los juzgadores para no motivar sus sentencias, las cuales se presumían justas, y garantía de ello era la autoridad del juzgador que era representante del Rey.

Así también<sup>39</sup> lo mencionado por el Canonista Juan Andrés, el cual consideró insensatos a los jueces que motivasen sus sentencias y señaló más prudente mencionar en la sentencia solamente el “*dictum*”, de la misma opinión era Hostiensis el cual en su “*Summa Aurea*” indica que si el juez es hombre prudente, no debe agregar motivaciones al “*dictum*” de su sentencia.

También Gregorio IX en su comentario sobre el procedimiento romano canónico “*De Sententia et Re Iudicata*” considera que la motivación de las sentencias no resultaba ni generalmente obligatoria ni excluida por el “*ius commune*”, pero advertía al juez de la conveniencia del silencio, atendiendo al riesgo que suponía la expresión de la causa de la decisión para la autoridad de la sentencia, que quedaba

---

<sup>37</sup> De Benito Fraile, Emilio Javier, “*Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1881*”, Glosae, revista de historia del derecho europeo, Nro. 01, Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, Murcia, 1988, p. 153.

<sup>38</sup> Garriga, Carlos y otra, op. cit., p. 104

<sup>39</sup> Margadant, Guillermo, “*La segunda vida del derecho romano*”, Miguel Ángel Porrúa editor, México D.F., 1986, pp. 173 – 174.

entonces expuesta a la impugnación por fundarse en causa falta o errónea,<sup>40</sup> ello se vio reforzado con la Decretal de Inocencio III mencionada, por lo que podemos ver que la opinión en dicha época era la de no motivar las sentencias, máxime si tenemos en cuenta la gran y casi total influencia que tenía la opinión de la iglesia católica.

Así mismo personalidades de la talla de Montesquieu condenaban la práctica de la motivación de las sentencias, el mencionado autor manifestaba su inconveniencia dado que con ello “se promovía entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio”<sup>41</sup>.

Del mismo modo se alentaba que no se dieran a conocer los motivos de las decisiones personales de cada juez de los tribunales colegiados, pues, su sentencia debía dar la apariencia al público de haberse obtenido de manera unánime, por lo que la motivación sería prueba de no haberla obtenido de dicho modo. Como ejemplo podemos mencionar una ordenanza de la Real Chancillería de Toledo de 1525<sup>42</sup> en la que expresa que los pronunciamientos debían ser “sin decir palabra, ni mostrar voluntad de persuadir a otros”.

En defensa de la posición contraria podemos mencionar a Acursio, el cual en una de sus glosas establece la obligatoriedad de la motivación en caso que el juzgador absuelva en caso de que el actor se equivocara de acción, así como Tracredus que señala el deber de motivar del juzgador cuando este sale del “*ius commune*”, por otro lado Guillermo Durand añade el caso de la sentencia del juez “*ad quem*” que modifique la sentencia del juez “*a quo*”.

Sainz Guerra<sup>43</sup> por su parte también defiende la implantación de la obligación de motivar en el medioevo ofreciendo ejemplos como el Fuero Real 2.13.2, o el 2.15.2 que “recomienda razonar” una sentencia, opinión creyó yo errada, pues identifica el ejercicio de razonar personal e interno del juzgador con la expresión de los motivos de la decisión tomada en una sentencia, estos dos términos son diferentes, pues mientras que el primero se refiere al ejercicio mental que realiza el juez para resolver un caso concreto a la luz de unos determinados hechos y auxiliado por la

---

<sup>40</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., p. 40.

<sup>41</sup> Vigo Rodolfo, Luis, “*Razonamiento Justificadorio judicial*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21 parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p.497.

<sup>42</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., pp. 46 – 47.

<sup>43</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*Antecedentes históricos...*” pp. 27 – 31.

leyes para resolverlo, el segundo se refiere a la explicitación de una justificación del porque dicho razonamiento es el más adecuado para resolver un caso concreto.

v) **La figura del juez y su autoridad:** La justicia no devenía de la autoridad de las leyes, sino que esta emanaba de la figura personal del juzgador, la autoridad de sus sentencias por lo tanto estaban garantizadas por el comportamiento del juzgador, así pues<sup>44</sup> este tenía que estar apartado totalmente de la comunidad donde impartía justicia, al punto que no podía socializar de ninguna manera con el pueblo, todo ello con el objetivo de no menoscabar la imagen de imparcialidad del juez. La motivación de las decisiones quedaban en la conciencia del juzgador, y garantía de su corrección era la moralidad y la probidad de su persona.

Este tipo de comportamiento se vio reflejado en las VII Partidas de Alfonso X, el sabio, específicamente en la Partida III, Título V que señala que los jueces deben ser “leales, de buena fama y sin mala codicia. Y que haya sabiduría, para juzgar los pleitos derechamente por su saber, o por uso de largo tiempo. Y que sean mansos, y de buena palabra, a los que vinieran ante ellos a juicio. Y sobre todo, que teman a Dios, y a quien ahí los pone”<sup>45</sup>.

Díaz Sampederro adicionalmente menciona que durante los siglos XII, XIII y XIV existió en España un claro rechazo a la obligación de motivar puesto que<sup>46</sup> “la prudencia y la cautela del juez evitaría largos y tortuosos caminos procesales en cuanto a que la fundamentación de los fallos posibilitaría gran número de recursos, cuando no la nulidad del fallo por parte del administrado judicialmente”, lo que pone en evidencia que era garantía de un fallo justo las calidades personales del juez, lo cual tendría su origen en el clásico derecho romano en el que el derecho se identificaba con la moral y la libre apreciación de lo que es bueno y honesto<sup>47</sup>. Tal era la identificación de la garantía de una sentencia justa con la persona del juzgador que si una de las partes decidía apelar su sentencia, esta se consideraba un ataque a la autoridad del juez, más no propiamente un ataque a lo contenido en la decisión.

---

<sup>44</sup> Garriga, Carlos y otra, op. cit., pp. 106 – 110.

<sup>45</sup> Levaggi, Abelardo, “*La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*”, en Revista de Historia del Derecho, Nro. 06, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, p. 48.

<sup>46</sup> Díaz Sampederro, Braulio, op. cit., p. 64.

<sup>47</sup> Navarro Zamorano, Ruperto y otro, “*Curso completo elemental de derecho romano*”, Tomo III, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos, Madrid, 1842, p. 05.

Se debe tener en cuenta además que la adquisición del título de juzgador era otorgado por el Rey a determinadas personas los cuales detentaban la “propiedad” del poder de juzgar, por lo que administraban justicia con total arbitrariedad y ya que la justicia emanaba del Rey y los juzgadores eran sus representantes era impensable que alguien se arriesgara a apelar una sentencia y menos pedir algún tipo de motivación.

En las indias los jueces compartían similares características a sus contrapartes europeas<sup>48</sup>, más si tenemos en cuenta que en el nuevo mundo la forma adoptada para la jurisdicción era el modelo de la Corona de Castilla. El juez indiano tenía una libertad de actuación amplia, basándose en gran medida en el arbitrio judicial, por lo que no se motivaban las sentencias, más aún si tenemos en cuenta la disposición de Carlos III de 1778; así se daba por bien probado el derecho de alguien y se fallaba en su favor declarándole por no probadas las argumentaciones en contrario. Como ejemplo de ello se puede mencionar que los recursos de nulidad que conocía la Real Audiencia se basaban en infracciones a las formas sustanciales del juicio como incompetencia del tribunal, cohecho del juez o fallo “*ultrapetita*”.<sup>49</sup> Carlos Díaz Rementería citando a Levaggi<sup>50</sup> señala como elementos fundamentales del proceso, la escritura, la mediatividad, la presentación de las partes del material del proceso, poder direccional del juez, la importancia de la conciliación y el arbitraje y la división del proceso en fases cerradas. Sin embargo merced a la mencionada disposición de Carlos III es dudoso que se apelara o se interpusiera recurso de nulidad a sentencias que no contengan motivación de la decisión. Sin embargo no era una regla seguida en su totalidad por los magistrados de la época, por lo que dependía del criterio de cada juzgador si sus sentencias incluyeran la motivación de su decisión<sup>51</sup>.

El derecho en el medioevo se resume en las palabras de Sainz Cantero<sup>52</sup>, “desde un ángulo de pura justicia era un derecho generador de desigualdades, cargado de privilegios, que permitía juzgar a los hombres en atención a su condición social;

---

<sup>48</sup> Dognac Rodríguez, Antonio, “*Manual de Historia del derecho Indiano*”, 2º edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M, Mc Graw-Hill, México D.F., 1998, pp. 189 – 190.

<sup>49</sup> Eyzaguirre, Jaime, “*Historia del derecho*”, 17º edición, editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 194.

<sup>50</sup> Sánchez, Bella y otros, “*Historia del derecho indiano*”, editorial Mapfre, Madrid, 1992, p. 395.

<sup>51</sup> En un trabajo perteneciente a Aberlado Levaggi citado aquí, nos proporciona claros ejemplos de sentencias motivadas en el derecho indiano.

<sup>52</sup> Rodríguez Boente, Sonia, op. cit., p. 203.

desde el punto de vista legislativo, constituía un derecho heterogéneo, caótico, cimentado sobre un conglomerado incontrolable de ordenanzas, leyes arcaicas, edictos reales y costumbres; en la vertiente de la seguridad individual contenía múltiples arbitrariedades que acrecentaban tanto los jueces como el monarca; era además excesivamente riguroso y cruel”.

Se puede apreciar de lo descrito que en el medioevo la obligación de motivar no tenía una regulación uniforme e incluso era dejada de lado por considerársele inútil o peligrosa, sin embargo su aplicación era más extendida que en el antiguo derecho romano; la importancia de la motivación de las sentencia fue creciendo paulatinamente especialmente durante la segunda mitad del siglo XVIII, influenciada por las ideas del movimiento iluminista, ideas que serían de gran importancia para la institución de la motivación tras la caída del antiguo régimen.

**d) La motivación en la época de la Ilustración:**

Si bien el movimiento de la Ilustración se desarrolló mayormente durante el siglo XIX, es necesario su tratamiento de manera apartada de esta pues, la implantación del principio de obligatoriedad de la motivación es un producto de la ideología democrática de la justicia que no se puede rastrear en el antiguo régimen a pesar de que la práctica de la motivación se haya llevado en ella, pues solamente se da de manera específica para determinados procedimientos.

La idea de la motivación como un principio rector que era obligatorio en todo tipo de decisión judicial solamente se da a raíz de las ideas de la Ilustración a finales del siglo XVIII en Francia, específicamente en el artículo 15° Título V de la Ley del 16 de agosto de 1790 sobre la organización judicial y después se afirma en el artículo 208° de la Constitución del año III<sup>53</sup>.

Sin embargo como señala Igartua<sup>54</sup> la motivación tenía una función estrictamente endoprocésal, esto es, que las partes podrían conocer los fundamentos de la decisión del juzgador a fin de que tuvieran la posibilidad de impugnarla así como servirle al juez superior para tener un control más cómodo sobre la sentencia de primera instancia. Es decir no se reconocía la dimensión extraprocésal de la motivación, es

---

<sup>53</sup> Taruffo, Michele, *“La motivación de la sentencia civil”*, (trad. Lorenzo Córdoba Vianello), Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación, México D.F., 2006, pp. 304 – 306.

<sup>54</sup> Igartua Salaverría, Juan, *“El razonamiento en las resoluciones judiciales”*, Palestra, Lima, 2009, p. 15.

decir el control y crítica del ciudadano a las sentencias. Ejemplo de ello es el “*Codex Fridericianus Marchicus*”<sup>55</sup> de 1748 en Prusia donde se establecía la obligación de motivar las decisiones judiciales solo con la finalidad de darle a los litigantes las razones del fallo con motivo de su apelación, y el Código austríaco de José II de 1781, en el que se prohibió mencionar la motivación en la sentencia y solamente esta se otorgaba a pedido de parte, a la propia parte y al juez superior.

Este tipo de motivación tuvo su origen en la necesidad de facilitar y agilizar la administración de justicia, mas no ejercer un control de la decisión por el público ajeno al conflicto. De la misma manera se expresa Taruffo quien señala que recién en la segunda mitad del siglo XIX es que se reconoce su función extraprocesal como principio que rige a todo tipo de procedimiento como se puede apreciar en la “*Civilprozessordnung*” austriaca de 1895<sup>56</sup>.

El movimiento de la Ilustración se vio reflejada en primer lugar en la independencia de los estados americanos bajo dominio de Gran Bretaña en 1783 y la caiga de la monarquía absolutista en Francia en 1789, esto fue muy importante para la institución de la motivación pues como se pudo apreciar, el derecho y sobre todo las sentencias judiciales bajo el antiguo régimen se caracterizaban por su arbitrariedad y voluntarismo, lo que cambió radicalmente con los movimientos independentistas que dieron paso a la época republicana que poco a poco daban una mayor importancia a esta institución.

Es a partir de la revolución francesa incitada por el movimiento iluminista que a su vez se nutrió de escritos de autores como Voltaire, Rousseau, Diderot, etc., que se hizo posible una cambio con respecto a la tarea del juzgador, así como el reconocimiento de la necesidad de que motive sus sentencias, lo cual fue impulsado por nuevos principios como la autoridad la ley reemplazando a la autoridad del monarca, así como el cese del secretismo en la función judicial, del mismo modo, se vio fomentado por la codificación de las leyes ya que era necesario con el nuevo legalismo imperante que se tuviera certeza de las leyes que se aplicarían en la resolución de conflictos y producto de ello es que la preocupación por la motivación

---

<sup>55</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 68.

<sup>56</sup> Taruffo, Michele, “La motivación...”, pp., 314 – 315.

de las sentencias salto a la palestra como una institución que garantizara al ciudadano el conocimiento de los motivos del fallo de modo que pudiera contradecirla.

Entre las voces que se preocuparon por dicha institución podemos mencionar a Condorcet, Voltaire y Filangeri,<sup>57</sup> el primero señalaba que “todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad, la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las causas que le ha movido a ello”, el segundo se preguntaba “¿porqué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?, y finalmente el tercero expresaba de modo amplio “no es solo una persona la que debe ser persuadida por las falaces inducciones de un juez corrupto, es un público entero, inexorable en sus juicios, el que debe examinar sus decisiones. Nada ha provocado tanto temor, aún en los espíritus más intrépidos como la censura pública” y añade “no encuentro medio más efectivo para fomentar esta saludable opinión, en relación a los magistrados, que aquel de constreñirlos a dar razón pública de la justicia de sus decisiones”<sup>58</sup>.

Ejemplos de esta nueva preocupación en la motivación de las sentencias son la ley francesa 16-24 de Agosto de 1790 sobre la organización judicial, el cual en su Título V, artículo 15° establecía a sus tribunales la obligación de incluir en las sentencias “el resultado de los hechos reconocidos y comprobados por la instrucción y los motivos que hayan determinado al juez”. También la Constitución de Francia de 1793, la primera de la República francesa, redactada por la Convención Nacional y aprobada el 24 de Junio de 1793 en la sección denominada “De la Justicia Civil” se establece en su artículo 94°: “deliberan en público, opinan en alta voz, fallan en última instancia, previa defensa verbal o simples apuntes sin procedimientos y sin costas. Motivan sus resoluciones”

Sin embargo, hubo otros casos como el español en el que no se dio de inmediato este cambio, tal como puede apreciarse en la Constitución de Cádiz de 1812 en su título V de los tribunales y de la administración de justicia en los civil y criminal, en el cual a pesar de lo numeroso de su articulado no se exigencia la motivación de las decisiones de los jueces en general y de la sentencia en particular, salvo en su artículo 293° que refiere que si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que

---

<sup>57</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., p. 76.

<sup>58</sup> *Ibíd*em, p. 76 – 78.

permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado. Ello reafirma claramente el respeto al principio de legalidad y sometimiento del juez a la ley a pesar que a inicios del siglo XIX España continúa enlazado con el modelo jurídico del antiguo régimen.

Sin embargo la motivación de las sentencias no era más que la mención del dispositivo legal que era aplicable al caso concreto, esto debido a que<sup>59</sup> no se quería un poder judicial heredero del antiguo régimen y por ello se trataba de sujetar su poder y porque se confiaba demasiado en la ley para poder resolver todo tipo de conflictos que se presentaran ante el poder judicial, así los jueces no eran más que un instrumento que aplicaba la ley, es decir se confundía el concepto de “fundamentación” con el de “motivación”.

En efecto este fue un gran paso en el establecimiento de la obligación de motivar las sentencias sin embargo debido al espíritu de la época, la ley no podía ser objeto de interpretación, ya que se consideraba clara, perfecta y sobre todo racional, por lo que solamente se citaba la ley aplicable al caso concreto sin más, la ley solo tenía una interpretación posible y esta era dada por el legislador.

Llegados a este punto podemos describir la evolución de la obligación de motivar por parte del juez como una práctica personal y no regulada en el derecho romano, como una práctica regulada parcialmente, desaconsejada y considerada peligrosa en el medioevo y finalmente su total incorporación y reconocimiento de su vital importancia entre las obligaciones del juzgador a partir del iluminismo.

e) **La motivación en el período Decimonónico:**

Gracias al movimiento ilustrado que tuvo como resultado la caída del antiguo régimen de la monarquía absolutista dando paso a una sociedad regida por el respeto irrestricto de los ciudadanos a la ley, se incluyó como un principio de un debido proceso la motivación de las sentencias judiciales, además de ello se empezó a discutir sobre los métodos de interpretación y los factores que debería considerar el juzgador al momento de decidir sobre un conflicto en un estado de derecho, lo cual dio origen a diversas corrientes de pensamientos iusfilosóficos que tratarían de

---

<sup>59</sup> Rodríguez Boente, Sonia, op. cit., p. 205.

explicar que se debería entender por derecho así como el papel del juzgador en dicha época.

Valentín Alsina<sup>60</sup> en un trabajo de 1832 en el que es resaltante la importancia que tuvo en los primeros años del siglo XIX la motivación de las sentencias expresó: “si para la sanción de una ley importa que el legislador exponga previamente sus motivos, con más razón importa esa exposición cuando se trata de la aplicación de ella. Este es el único modo de evitar errores o arbitrariedades y de hacer efectiva la responsabilidad judicial, que en nuestro sistema actual creo irrealizable, quimérica y nominal. Nada puede temer el juez cuando no tiene que fundar sus pronunciamientos. La parte agraviada no puede acusarle ni quejarse, cuando ignora los fundamentos; y cuando quizás la sentencia se funde en alguna razón o ley que ella ignora”.

Durante el periodo posterior a la caída del antiguo régimen florecieron 02 corrientes iusfilosóficas que si bien tienen puntos de coincidencia son más resaltantes sus puntos de desencuentro sobre el modo de concebir el derecho, así, cabe resaltar las escuelas de la exegesis y la historicista:

- i) **La Escuela de la Exegesis:** Por un lado tenemos la Escuela de la Exegesis que nació en Francia, la cual confía en la plenitud de la ley, niega la posibilidad creativa del juzgador al pronunciar sus sentencias pues este tiene en la ley todas las herramientas necesarias para solucionar todo tipo de conflicto jurídico llevado ante él, y en todo caso de haber alguna obscuridad o dificultad para comprender la ley a aplicar tiene que recurrir a la figura del legislador histórico racional, es decir tiene que desentrañar cual es la razón, el objetivo que el legislador ilustrado tuvo al promulgar dicha norma.

Cabe destacar el inicio del movimiento codificador de las leyes con el afán de acabar con la inseguridad jurídica que era moneda corriente durante el antiguo régimen, teniendo como objetivo abarcar todo el amplio espectro de problemas jurídicos que pudieran suscitarse en la sociedad y que debido a su racionalidad y sobre todo a su completitud eran capaces de resolver.

---

<sup>60</sup> El trabajo de Alsina se titula “*Reflexiones breves sobre la conveniencia de que los jueces funden sus sentencias; y la de que examinen y voten separadamente y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en la causa*”, citado por Falcón, Juan Pablo, op. cit., p. 148.

El código es la construcción más representativa del racionalismo jurídico en una triple dimensión como lo señalo Prieto Sanchís citando a Gómez Arboleya<sup>61</sup>, “como racionalismo utópico constructivo de la realidad, como racionalismo político edificador del Estado y unificador de la nación, y por último, como racionalismo burgués afirmador de la vida profana, libre e igual”.

Como menciona Karl Larenz, el derecho se equiparaba en lo esencial a la ley, pero entendida esta no como expresión del mero arbitrio, sino de la voluntad del legislador – no solo histórico, sino al mismo tiempo, también idealizado – guiada por consideraciones racionales y basadas en conocimientos racionales<sup>62</sup>.

Se caracterizó por una fe ciega en la razón y sus posibilidades de resolver conflictos haciendo uso más que cualquier otra corriente jurídica de la lógica formal, tratando de aproximar el derecho lo más posible a las ciencias abstractas como la matemática.

Respecto a la función del juzgador, debido a la desconfianza generada en la manera de actuar de los jueces durante la época de la monarquía absolutista caracterizada por la resolución de conflictos de manera arbitraria y atendiendo a sus personales convicciones es que al juez no se le permitía interpretar las leyes, pues confiados en la complitud y claridad de los códigos se consideraba innecesaria dicha tarea, así pues en un primer momento basados en la plenitud de la ley codificada es que el juzgador se ve limitado en su actuación, sin embargo cada vez más se hacía claro que la presunta claridad y complitud de la ley era ficticia, pues se podía apreciar que la legislación muchas veces contenía oscuridades, ambigüedades, lagunas y antinomias por lo que fue necesario recurrir a la “voluntad del legislador histórico” para descubrir la real y única interpretación posible de las leyes, de esta manera la interpretación del juez se limitada a ello sobre todo utilizando los principios y conceptos jurídicos dando así nuevamente la apariencia de integridad y coherencia al sistema.

Con la codificación inicia realmente el reconocimiento legal de la obligación de motivar y su creciente interés de regularla apropiadamente, ello se puede apreciar

---

<sup>61</sup> Prieto Sanchís, op. cit., p. 52.

<sup>62</sup> Larenz Karl, *“Metodología de la ciencia del derecho”*, (trad. M. Rodríguez Molinero), Ariel, 2° edición, Barcelona, 2001, p. 49.

en los numerosos proyectos, instrucciones, reglamentos y decretos reales que incluyen en sus textos la institución de la motivación de las resoluciones judiciales.<sup>63</sup>

**ii) La Escuela Historicista:** Por otro lado tenemos al movimiento del historicismo jurídico que nació en Alemania, representada por juristas de la talla de Savigny, Puchta y Windscheid, que postula que la solución de los problemas no solo se puede realizar mediante la aplicación de las leyes positivas, pues ello es insuficiente, ya que el juzgador debe tener en cuenta otros factores como la naturaleza de las cosas, la voluntad general, el espíritu de los pueblos, etc. Esta escuela sería referencia para el posterior desarrollo del movimiento antiformalista característico del siglo XX.

Con respecto a esta escuela escribe Larenz, que el trabajo de Oskar von Bulow en el siglo XIX vendría a ser un precursor de la Escuela del Derecho Libre más ampliamente desarrollado en el siglo XX. En su obra “Ley y Judicatura” de 1885<sup>64</sup>, defiende la tesis de que la actividad del juez no es solo una actividad cognoscitiva sino también creadora: señala que los conflictos jurídicos “representa un problema jurídico particular para el que la ley todavía no contiene la disposición jurídica pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante” bajo el “engañoso velo de una misma palabra legal” se esconde una multitud de posibles interpretaciones. Se le confía al juez elegir aquella disposición que le parezca la más recta por término medio”. Personalmente considero que este escrito de von Bulow se condice más con la posición antiformalista moderada que con la escuela del derecho libre, pues en la obra mencionada se defiende que el juez sigue ligado al derecho por medio de su interpretación legal.

Sin duda, un hecho característico de ambas escuelas es la “vinculación del juzgador” ya sea a la voluntad del legislador, el espíritu objetivo de la ley o al “*Volkgeist*”, pues de un lado la escuela de la exegesis bajo la ficción de la plenitud de las leyes le da al juzgador al momento de aplicar el derecho el auxilio de recurrir a la voluntad del legislador, la escuela historicista establece que el juzgador debe

---

<sup>63</sup> Murillo Villar, Alfonso, “*Antecedentes históricos...*”, pp. 54 – 63. Cabe resaltar entre ellos las ordenanzas generales de Montes de 1833, el Real Decreto de 1838, el reglamento de los Consejos Provinciales de 1845, el reglamento del Consejo Real de 1846, la instrucción del Márquez de Gerona de 1853, la ley de orden público de 1870 y la ley provisional sobre organización judicial de 1870.

<sup>64</sup> Larenz Karl, obra citada, pag 82

buscar ese auxilio en el espíritu nacional a través de la historia que aunque no hayan sido recogidas por la legislación positiva o las costumbres son guía para una adecuada interpretación de ley.

Bonnecase citado por Elías Díaz<sup>65</sup> señala tres fases de la Escuela de la Exegesis: la fase de fundación (1804- 1830), la fase de apogeo (1830-1880) y la fase de decadencia (1880.1900), se puede así describir 03 momentos en el periodo decimonónico: el primero de total confianza en el racionalismo de las leyes y la confianza en su capacidad resolutoria y negando la capacidad interpretativa del juez representada por la Escuela de la Exegesis; el segundo que si bien reconoce que el juzgador está ligado a la ley para resolver conflictos, también tiene que atenerse a otros factores como la voluntad popular, la conciencia jurídica nacional, etc., por lo que es necesario tener en consideración esos otros factores; esto fue representado por la Escuela del Historicismo Jurídico, y finalmente un movimiento jurídico caracterizado por pregonar (en su versión más radical) el nulo vínculo a la ley por parte del juzgador al momento de decidir, representada por la Escuela del Derecho Libre.

**iii) El desarrollo de la motivación:** El modo de motivar las sentencias durante esta época se identificaba con la operación silogística ya enunciada por Cesare Beccaria en la que señalaba que el juzgador debía tener en cuenta para su decisión una premisa mayor que sería la ley aplicable y una premisa menor que serían los hechos probados y que de su conexión lógica mediante al subsunción de la segunda en la primera daba resultado la decisión. Sin embargo el juzgador en su actividad solamente se limitaba a señalar los hechos probados y la ley que aplicaba a cada caso concreto, sin señalar los motivos que le hicieran aplicar dicha norma, es decir en esta época se identificaban los términos de la fundamentación y la motivación.

Ello es un buen punto de partida pues responde a un respeto creciente por la legalidad sin embargo todavía no era en si una motivación, ello pues debido a la desconfianza en la función judicial anteriormente señalada. Así el juzgador se convertía en un autómatas cuya única función es la de pronunciar un fallo basándose en las leyes dadas por el legislador, encuadrando un hecho en ella.

---

<sup>65</sup> Díaz Elías, *"Sociología y filosofía del derecho"*, Taurus, 2ª reimpresión de la 2ª edición, Madrid, 1982, p. 108.

Sirviéndonos de lo mencionado por Díaz Sampedro<sup>66</sup>, podemos hacer una breve reseña de la evolución de la motivación en España posterior a la época del iluminismo, así, podemos mencionar el Código de Comercio de 1829, que establecía que los tribunales fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que se pronunciaran en causas de mayor cuantía, estableciendo los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyen. Sin embargo a posterior encontramos un retroceso pues ni el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en la Real Jurisdicción Ordinaria de 1835 ni la Ley Provisional para la Sustanciación de Pleitos de Menor Cuantía de 1838 dan cuenta de la figura de la motivación.

Posteriormente con la creación del Consejo Real en 1845 se estableció la obligación de exponer las razones en que se apoyaban las decisiones y finalmente este principio se consagra en la Instrucción del Procedimiento Civil de 1853 del Marqués de Gerona que expresaba en su artículo 68° que “los tribunales y jueces fundarán siempre las sentencias definitivas e interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyen” así como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que en su artículo 333° expresaba “las sentencias definitivas de todo artículo y las de los pleitos serán fundadas”.

Por otro lado en 1859 el Real Decreto del 12 de enero ordenaba motivar sus decisiones al Tribunal Supremo; la motivación de las sentencias de este último eran particularmente importantes pues no solo se trataba del más alto tribunal de justicia sino que sus sentencias servían<sup>67</sup> “para la inteligencia de la ley oscura, para suplir su silencio, y para explicar las antinomias y contradicciones que suelen hallarse en una legislación general y foral y en un ámbito global”.

Como se puede apreciar, cada vez más se acrecentaba la importancia de esta institución entre los juristas de la época y finalmente fue establecida su obligatoriedad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Díaz Sampedro, Braulio, op. cit., pp. 67 – 78.

<sup>67</sup> Ibídem, p. 80.

<sup>68</sup> De Benito Fraile, Emilio Javier, op. cit., pp. 155 – 157.

Así a lo largo el siglo XIX se dio en gran medida la obligatoriedad de las motivaciones, sin embargo ello no fue uniforme en toda Europa, hubo casos en las que esta obligación se dio a finales de siglo, ejemplos de ello tenemos en Baviera donde la obligación de motivación de la sentencia civil se introduce recién en 1869 con la “*prozessordnung*”, y Austria con el párrafo 414 de la “*civilprozessordnung*” de 1895<sup>69</sup>, así como la referida Ley del Enjuiciamiento Civil en España que la recogió recién en 1881 en su artículo 372°.

Sin embargo a finales del siglo XIX en la Europa continental y luego en Estados Unidos surgió la llamada “revuelta antiformalista”<sup>70</sup> que se vio representada por los escritos de sociología del derecho de François Geny en Francia, la jurisprudencia de intereses de Rudolf von Ihering y el movimiento del derecho libre de Hermann Kantorowicz en Alemania, así como el realismo escandinavo de Alf Ross, Karl Olivecrona y Axel Hagerstrom y americano de Karl Llewellyn, y Jerome Frank, entre otros, los cuales ponían el dedo en la llaga del formalismo positivista al resaltar la ficción de poseer ordenamientos unitarios, completos, autosuficientes, plenos, coherentes e íntegros, lo cual caracterizó las disputas dogmáticas sobre el papel de la codificación, el silogismo judicial y el papel de la motivación de las sentencias durante el siglo XX.

**f) La motivación en el siglo XX:**

En primer lugar es necesario resaltar los aportes de la llamada revuelta antiformalista a la crítica del formalismo positivista que pusieron en tela de juicio la plenitud de las leyes y los precedentes jurídicos. Ello se basaba principalmente en la posibilidad de llegar a soluciones diversas e inclusive contrapuestas en un mismo conflicto legal, debido a la ambigüedad de las leyes y la cantidad de métodos de interpretación posibles de ella, así como el carácter particular de cada caso llevado ante el juez.

Ello fue lo que generó la crítica al modelo de decisión basado en el silogismo jurídico, pues consideraban que la premisa mayor es decir las leyes no contenían de por sí la norma a aplicar a los hechos, sino que era tarea del juzgador extraer de ella la regla a aplicar a cada caso concreto mediante un variado conjunto de métodos de

---

<sup>69</sup> Taruffo, Michele, “*La motivación...*”, p. 313.

<sup>70</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., p. 100

interpretación que tenía a su disposición, como el recurrir a los principios generales del derecho, por lo que era ficticia en un principio subsumir en la ley positiva los hechos probados, sino que era necesario primeramente su reflexión y elección del juzgador de la más adecuada interpretación de la ley para solucionar un conflicto.

El antiformalismo se movió así desde la total desvinculación del juez a la ley a la posibilidad de múltiples interpretaciones del juzgador de la ley que debe aplicar. Las corrientes de una y otra posición se vieron representadas principalmente por la Escuela del Derecho Libre y el Realismo Jurídico Americano.

- i) **La Escuela del Derecho Libre:** El representante más radical de este antiformalismo fue la Escuela del Derecho Libre, la cual como correctamente señala Elías Díaz<sup>71</sup>, llega con frecuencia a una “completa desformalización de lo jurídico, a una verdadera ruptura entre lógica y derecho, a un explícito antinormativismo, siendo riesgos fundamentales de dicha posición la disolución objetiva del derecho y su subsecuente inseguridad para los ciudadanos”.

Es clásicamente representado por Hermann Kantorowicz quien bajo el seudónimo de “*Cneus Flavius*” escribió en 1906 “La Lucha por la Ciencia del Derecho” que señala que<sup>72</sup> “si el juez cree que la ley no es clara o que es el poder político existente en el momento de la decisión habría resuelto el caso de manera diferente a como se desprende de la ley, entonces el juez debe decidir el caso como lo habría hecho en su opinión, el poder político si hubiese pensado en dicho caso” y agrega “si el juez no es capaz de formarse ninguna opinión entonces debe decidir según el derecho libre”.

Ernst Fuchs por su parte menciona que si el precepto legal contradice las necesidades del tráfico o no se acomoda a lo que la justicia y la equidad exigen para el caso concreto, el juez no debe aplicar la ley. Pese a lo mencionado, Prieto<sup>73</sup> señala que a pesar de la pretendida independencia total del juez, este siempre estará

---

<sup>71</sup> Díaz, Elías, op. cit., pp. 119 – 120.

<sup>72</sup> Hernández Marín, Rafael, “*Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*”, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1989, p. 233 – 234.

<sup>73</sup> Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 76.

vinculado si ya no a la ley, lo será a la “conciencia jurídica colectiva, la naturaleza de las cosas, la equidad, el recto derecho, la justicia, el consenso, o la razón de los pueblos.

Es común por los defensores de esta posición la referencia al artículo 01°, apartado 02 del Código Civil suizo que ordena al juez en caso de laguna de la ley y carencia de un derecho consuetudinario resolver según la regla “que el habría establecido como legislador”<sup>74</sup>.

Con respecto a la justificación de la decisión judicial dentro de este modelo, se caracteriza por la no identificación entre aquella y el proceso psicológico de la decisión, pues a pesar de que reconoce el factor valorativo subyacente en toda decisión judicial, la justificación sirve para la objetivación de la decisión y constituye el objeto de su control<sup>75</sup>, así la decisión del juzgador rebasa las posibilidades de la ley, y responde solo a sus consideraciones más personales; el juez es libre de tomar la decisión que considere más conveniente, por lo que, un control de la justificación de sus sentencias sería imposible.

Esto se identifica con lo que en la filosofía de la ciencia se distinguen entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, pues una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión y otra cosa es el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión, así una cosa es la descripción de los móviles que llevaron al juez a dictar una resolución y otro es la descripción como de hecho el juez fundamento su decisión<sup>76</sup>.

**ii) El Realismo Americano:** El antiformalismo moderado se vio representado por juristas como Wieacker y Heck, este último señaló que “simplemente el derecho es lagunoso y no puede dar respuestas a todo problema mediante el único auxilio de la lógica de los conceptos. Pero el juez guiado por una obediencia reflexiva dispone de los valores o intereses que motivaron o estimularon las disposiciones normativas

---

<sup>74</sup> Larenz, Karl, op. cit., p. 85.

<sup>75</sup> Wroblewski, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, (trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría), Fontamara, 1° reimpresión de la 1° edición, México D.F., 2003, pp. 83 – 84.

<sup>76</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 3° reimpresión de la 1° edición, México D.F., 2007 pp. 04 – 05.

para decidir entre los intereses en litigio<sup>77</sup>”. Esto también es sostenido por Wroblewski, quien con respecto a la vinculación del juez a la ley subraya que “el sistema de derecho no es ni completo, ni cerrado, ni no contradictorio y el juez es un cocreador del derecho junto al legislador. Por lo tanto, los valores de certeza, de seguridad, de estabilidad jurídica son o aparentes o irrealizables y la ideología de la decisión vinculada más o menos, sinceramente pide lo imposible”<sup>78</sup>.

Sin embargo el problema no acababa en la crítica al silogismo como un método transparente de motivación de las sentencias, sino que defendía que era necesaria la explicitación de los motivos que llevaron al juez a aplicar una determinada norma jurídica de un modo determinado, así como señalar las valoraciones que tuvo en consideración el juez en la prueba de los hechos. A este respecto Karl Llewellyn distinguió dos modelos de fundamentación de las sentencias:<sup>79</sup> la “*formal style*” y el “*grand style*”. El primero se caracterizaba por la manera deductiva de motivar del silogismo, mientras que el segundo requería la mención de las directrices políticas y demás consideraciones tomadas en cuenta por el juzgador que influyeron en la toma de su decisión tanto de la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*”.

Por otro lado es importante señalar que la crítica a la manera silogística de la motivación de las sentencias no acaba en el hecho de resaltar la variedad de interpretaciones de las leyes y los hechos por parte del juzgador, sino que además se defiende el modo de “razonamiento hacia atrás” que se podría dar en la motivación, es decir, que el juzgador ante un conflicto llevado ante él, en primer lugar escoge la solución más adecuada al caso para posteriormente buscar su justificación en las leyes mediante una interpretación que se adecua a la solución escogida con anterioridad.

Esto fue recogido de forma clara por Jerome Frank quien señala:<sup>80</sup> “el juez de primera instancia, sin embargo, cuando da a publicidad una explicación de su sentencia pretende seguir la teoría convencional y se torna analítico, lógico. El

---

<sup>77</sup> Prieto Sanchis, Luis, op. cit., p. 71.

<sup>78</sup> Wroblewski, Jerzy, op. cit., p. 77.

<sup>79</sup> Accatino Scagliotti Daniela, op. cit., pp. 113 – 115.

<sup>80</sup> Ibídem, p. 112.

disocia, separa, los hechos que determina de la norma jurídica que, según expresa, aplica a los hechos. De esa manera busca justificar su sentencia como un producto lógico. Pero (como hemos sido informados por eminentes jueces de esta clase) un juez al dar forma a su explicación con frecuencia trabaja hacia atrás, comienza con la decisión que estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica y jurídicamente fundada”.

Así pues, “los razonamientos cuasi-deductivos del juez no son más que apariencias, su fondo son las valoraciones, las elecciones. Si las justificaciones de la decisión judicial son presentadas bajo la forma del silogismo jurídico, si aparentan estar determinadas por las normas invocadas como su base, si esconden las valoraciones y llevan al primer plano el rigor de la lógica, entonces ellas sirven para despistar y para dar la impresión de que la decisión está determinada por la ley. Las justificaciones no son más que apariencias y racionalizaciones “*ex post*” de las elecciones valorativas del juez. La ideología de la libre decisión quiere desvelar la realidad”<sup>81</sup>.

El establecimiento de los hechos probados por el juez también era polémico, pues estos eran establecidos de acuerdo a las valoraciones del juzgador que decide sobre la credibilidad que le da a cada medio de prueba, por medio de factores que eran externos al derecho, así el juzgador atendía a<sup>82</sup> su simple intuición, los efectos socio-económicos resultantes o su ideología, de modo que su discrecionalidad prácticamente era ilimitada con respecto a los hechos.

Resumiendo, La ideología de la libre decisión se puede clasificar en radical y moderada, la radical es aquella que niega el papel de la ley en la formación de la decisión del juzgador y por lo tanto esta desautorizada para ser fuente de justificación de ella, la decisión se toma por medio de una libre valoración en atención a la intuición del juez y si la intuición del juzgador está en contra de la ley, aquel puede decidir inclusive “*contra legem*”. La ideología moderada en cambio sí reconoce la importancia de la ley en la formación de la decisión del juzgador, pero en cambio al

---

<sup>81</sup> Wroblewski, Jerzy, op. cit., p. 79.

<sup>82</sup> Accatino Scagliotti, Daniela, op. cit., pp. 100 – 101.

estar consciente de su insuficiencia y falta de plenitud no recomienda tomar decisiones “*contra legem*”, sino que debe buscar soluciones en otras fuentes del derecho, es decir no hay una oposición a las leyes, más bien un sentido de complementariedad a ellas.

**iii) Hans Kelsen y H.L.A. Hart:** Finalmente es preciso resaltar los aportes de dos de los más grandes juristas del siglo XX, cuyas opiniones y postulados tiene vigencia hasta nuestros días, me refiero a los maestros Hans Kelsen, y a H.L.A. Hart, quienes a pesar de no haberse pronunciado sobre la motivación de las sentencias en específico, si lo hacen en relación a la actividad del juzgador.

La teoría de Kelsen sobre el silogismo jurídico se aparta notablemente del modelo de silogismo decimonónico, pues este reconoce el carácter indeterminado de las normas, así como el carácter creador de derecho del juzgador, señala que la norma general no puede dar de por si solución a un caso concreto, es necesaria la actuación del juez que, mediante interpretación y utilizando su discrecionalidad señala la norma particular aplicable al caso concreto. Llegado a este punto es posible fundamentar la validez de la norma individual en la general y tiene lugar la operación silogística del juzgador en la cual la premisa mayor estaría dada por la norma particular otorgada por el juzgador.

Esto queda claramente señalado por Kelsen quien indica que “la teoría surgida en el “*common law*” angloamericano, de que solo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino solo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que solo hay normas generales; aquella que solo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un orden legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia

judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho”.<sup>83</sup>

Por otro lado, H.L.A Hart, refiriéndose a la discrecionalidad judicial nos da algunas luces sobre el contenido de la motivación de la sentencia del juzgador en los llamados “casos difíciles”. El jurista inglés menciona que “habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo el juez no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución” y agrega “si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles<sup>84</sup>, además de ello “muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objetivo o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida”<sup>85</sup>.

Finalmente es importante señalar que para que sea posible que un determinado sistema jurídico adopte dentro de su ordenamiento la obligación de motivar las sentencias judiciales, son necesarias condiciones adicionales como la separación de poderes, el respeto al principio de legalidad y la supremacía constitucional. Lo cual solamente se puede lograr tal como lo demuestra la historia en una sociedad donde se respete la democracia y el derecho y no en una sociedad con un gobierno despótico y autoritario.

---

<sup>83</sup> Kelsen, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*”, (trad. Roberto J. Vernego), 2° reimpresión de la 1° edición en español, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 1982, p. 263.

<sup>84</sup> H.L.A Hart, “*Post scriptum al concepto del derecho*”, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2000, p. 56.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 58.

## 2) LA OBLIGACION DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS JUDICIALES EN EL PERU Y EL DERECHO COMPARADO

### a) Antecedentes:

En la presente sección me limitaré a citar los dispositivos legales que regulan la obligación de motivar las sentencias en la República Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República federativa de Brasil, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, los Estados Unidos Mexicanos, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República Federal de Alemania y finalmente la República del Perú.

Debido a la naturaleza del presente trabajo me centraré en aquellos artículos que pongan de manifiesto de manera expresa la obligación de motivar las sentencias judiciales, para ello recurriré a las Constituciones Políticas, los Códigos Procesales Civiles y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial de los países mencionados, teniendo como principal objeto aquellos artículos dedicados a la organización del aparato judicial, las obligaciones jurisdiccionales de los magistrados, y la estructura de la sentencia. Sin embargo se hará un desarrollo más amplio de la obligatoriedad legislativa de la motivación en el Perú

### b) La obligación de motivar las sentencias en el derecho comparado:

#### i) República Argentina:

##### **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454 de 1981):**

**Artículo 34°, Inciso 4:** Son deberes de los jueces: (...) “Fundar” toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia”.

**Artículo 161°, Inciso 1:** Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el artículo anterior, deberán contener: “Los fundamentos”.

**Artículo 163° Inciso 5°:** Las sentencias definitivas de primera instancia deberán contener: (...)”los fundamentos y la aplicación de la ley”.

**ii) Estado Plurinacional de Bolivia:**

**Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009):**

**Artículo 116°. Inciso II.:** Cualquier sanción debe “fundarse” en una ley anterior al hecho punible.

**Ley del Órgano Judicial (Ley 025 del 2010):**

**Artículo 30°, Inciso 11:** Además de los principios esenciales y generales del Órgano Judicial, la jurisdicción ordinaria se sustenta en los siguiente:... Obliga a las autoridades a “fundamentar sus resoluciones” con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, en estricto cumplimiento de las garantías procesales.

**Código Procesal Civil (Ley 439 del 2013):**

**Artículo 1°, Inciso 16:** El proceso civil se sustenta en los principios de:... La autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de “motivo a sus decisiones”, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por las partes.

**Artículo 210°, Inciso 2:** Los autos interlocutorios resolverán cuestiones que se suscitaren durante la tramitación del proceso. Además de los requisitos indicados en el Artículo precedente, contendrán: (...) Los “fundamentos jurídicos”.

**Artículo 2011°, Inciso II:** I. Los autos definitivos resolverán cuestiones que requieren sustanciación, ponen fin al proceso y no resuelven el mérito de la causa. II. deberán cumplir con los requisitos previstos para el auto interlocutorio.

**Artículo 213°, Inciso II, Numeral 3:** La sentencia contendrá: (...) “La parte motivada” con estudio de los hechos probados y en su caso los no probados, evaluación de la prueba, y cita de las leyes en que se funda, bajo pena de nulidad. Esta parte para el caso de fundarse en jurisprudencia ordinaria o constitucional,

se limitara a precisar de manera objetiva las razones jurídicas del precedente, sin necesidad de hacer una transcripción del fallo que oscurezca la fundamentación.

### **iii) República Federativa do Brasil:**

#### **Constituição Federal do Brasil (1988):**

**Artigo 93º, subdivisão IX y X<sup>86</sup>:** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes principios: IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e “fundamentadas todas as decisões”, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

X. As decisões administrativas dos tribunais serão “motivadas” e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

#### **Código de Processo Civil (Ley 5.869 de 1873):**

**Artigo 458º, subdivisão II<sup>87</sup>:** São requisitos essenciais da sentença: Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

### **iv) República de Chile:**

#### **Constitución Política de la República de Chile (2005):**

---

<sup>86</sup> Artículo. 93º. Incisos IX y X: Una ley complementaria, de iniciativa del Supremo Tribunal Federal, regulará el Estatuto de la Magistratura, observando los siguientes principios: IX. Todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y “fundamentadas todas sus decisiones”, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si el interés público lo exigiese, limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y sus abogados, o solamente a estos;

X. Las decisiones administrativas de los tribunales serán “motivadas”, siendo las disciplinarias adoptadas por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. (traducción propia).

<sup>87</sup> Artículo 458º Inciso II: Son requisitos esenciales de la sentencia: Los fundamentos, en la que el juez considerará las cuestiones de hecho y de derecho. (traducción propia)

**Artículo 76°:** La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar “los fundamentos” o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

**Código de Procedimiento Civil de Chile (Ley 1552 de 1902):**

**Artículo 170°, Inciso 4 y 5:** Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 4. Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de “fundamentos” a la sentencia; 5. La enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

v) **República de Colombia:**

**Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970):**

**Artículo 303°:** (...) A excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán “motivadas de manera breve y precisa”; no se podrá hacer transcripciones de actas, decisiones o conceptos, que obren en el expediente. Este deberá pasarse a la secretaría en la misma fecha en que aquéllas se pronuncien.

**Artículo 304°:** En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. “La motivación” deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

**Artículo 305°:** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este

Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

#### **vi) República del Ecuador:**

##### **Constitución del Ecuador (2008):**

**Artículo 76°, Numeral 7, Literal I:** En todo proceso en el que se determinen derecho y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) El derecho de la persona a la defensa incluirá las siguientes garantías: ... Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser “motivadas”. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

##### **Código Orgánico de la Función Judicial:**

**Artículo 108°, Inciso 8:** Ala servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión por las siguientes infracciones: (...) No haber “fundamentado debidamente” sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la sustanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75°, 76° y 77° de la Constitución de la República.

**Artículo 130°, Inciso 4:** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) “Motivar” debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

#### **vii) República del Paraguay:**

**Constitución Política (1992):**

**Artículo 256°:** (...) Toda sentencia judicial debe estar “fundada” en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre.

**Código Procesal Civil (Ley 1337 de 1988):**

**Artículo 15°, Literal b:** Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: (...) “Fundar” las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad.

**viii) República Oriental del Uruguay:**

**Código General del Proceso (ley 15.982):**

**Artículo 197°:** El tribunal estudiará por sí mismo los procesos, dictará personalmente la sentencia y la suscribirá: (...) A continuación se establecerá de modo claro y sucinto, el o los puntos litigiosos, los hechos que se tiene por ciertos y los que han sido probados, consignándose los “fundamentos de derecho” en cuya virtud se les tiene por tales. Le seguirá la exposición de las razones jurídicas en cuyo mérito se aplica el derecho y se concluirá con la parte dispositiva, que se redactará en términos imperativos.

**ix) República Bolivariana de Venezuela:**

**Código de Procedimiento Civil (1987):**

**Artículo 243°, Inciso 4:** Toda sentencia debe contener: (...) Los “motivos de hecho y de derecho” de la decisión.

**x) Estados Unidos Mexicanos:**

### **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:**

**Artículo 14°:** (...) En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de éste se “fundará” en los principios generales del derecho.

### **Código Federal de Procedimientos Civiles (1943):**

**Artículo 219°:** En los casos en que no haya prevención especial de la ley, las resoluciones judiciales sólo expresarán el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus “fundamentos legales”, con la mayor brevedad, y la determinación judicial, y se firmarán por el juez, magistrados o ministros que las pronuncien, siendo autorizadas, en todo caso, por el secretario.

**Artículo 222°:** Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las “consideraciones jurídicas aplicables”, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

### **Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México: (Decreto 95 de 1995)**

**Artículo 112°, Inciso III:** Son faltas administrativas del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, de los magistrados y de los presidentes de las salas, las acciones u omisiones siguientes: (...) Dictar resoluciones o tramites “infundados” o notoriamente innecesarios que solo tienden a dilatar el proceso.

## **xi) Reino de España:**

### **Constitución Española (1978)**

**Artículo 120°, Inciso 3:** Las sentencias serán siempre “motivadas” y se pronunciarán en audiencia pública.

**Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985):**

**Artículo 247°:** Las resoluciones judiciales que se dicten oralmente y deban ser documentadas en acta en los juicios verbales, vistas de los pleitos o causas y demás actos solemnes incluirán la “fundamentación” que proceda.

**Artículo 248°, Incisos 1, 2 y 3:** 1. La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario. No obstante, podrán ser “sucintamente motivadas” sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

2. Los autos serán “siempre fundados” y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten.

3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, “los fundamentos de derecho” y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten.

**Artículo 417°, Inciso 15:** Son faltas muy graves: (...) La absoluta y manifiesta “falta de motivación” de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder a la denuncia de quien fue parte en el procedimiento.

**Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000)**

**Artículo 218°, Inciso 2:** Las sentencias se “motivarán” expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La

“motivación” deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

**xii) République Française (República Francesa):**

**Code de Procedure Civile Français:**

**Article 455<sup>88</sup>:** Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif.

**xiii) Repubblica Italiana (República Italiana):**

**Costituzione de la Repubblica Italiana (1947)**

**Articolo 111<sup>89</sup>:** (...) Toutes les mesures juridictionnelles doivent être “motivées”.

**Codice di Procedura Civile**

**Articolo 132<sup>o</sup>, sottosezione 4<sup>90</sup>:** La sentenza e' pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: "Repubblica italiana", ed è pronunciata "In nome del popolo italiano". Essa deve contenere: (...) 4 la concisa esposizione delle “ragioni di fatto e di diritto” della decisione.

**xiv) Bundesrepublik Deutschland: (República Federal de Alemania):**

**Zivilprozessordnung (Código Procesal Civil, 1877)**

---

<sup>88</sup> Artículo 455°: El fallo debe ser motivado. Enuncia la decisión en forma dispositiva. (traducción propia).

<sup>89</sup> Artículo 111: Todas las decisiones judiciales deberán ir motivadas (traducción propia)

<sup>90</sup> Artículo 132°, Inciso 4: La sentencia es pronunciada in nombre del pueblo italiano y lleva el título: “Repubblica Italiana” y se pronuncia “en nombre del pueblo italiano. Debe contener: 4. La declaración concisa de las razones de hecho y de derecho de la decisión.

**Artículo 313, Inciso 6<sup>91</sup>:** La sentencia contiene: (...) Los motivos de la resolución.

**c) La obligación de motivar las sentencias en la República del Perú:**

**i) Desarrollo histórico constitucional de la obligación de motivar las sentencias:**

Para el desarrollo de la presente sección nos serviremos de la recopilación de la normativa constitucional efectuada por el jurista peruano Domingo García Belaunde<sup>92</sup>, de dicho modo podremos tener una visión más amplia y determinar el momento exacto en el que la obligación de motivar las sentencias tuvo su consagración como principio constitucional.

**Constituciones Políticas de 1812, 1823 y 1826<sup>93</sup>:** La Constitución de 1812 otorgada por las Cortes Generales y Extraordinarias durante el reinado de Fernando VII, así como la Constitución de 1823 otorgada por el Congreso Constituyente, siendo Presidente de la Republica el Mariscal José Bernardo Torre Tagle y la Constitución de 1826, otorgada por el Consejo de Gobierno, regularon la actividad judicial en sus respectivos documentos, sin embargo en ninguna de ellas se hace referencia a la obligación de motivar las resoluciones, dicha institución recién será incluida en la Constitución de 1828.

**Constitución Política de 1828:** Otorgada por el Congreso General Constituyente, siendo Presidente de la Republica José de La-Mar. En la sección titulada “De la Administración de Justicia” (artículos 119° - 131°) en el artículo 122 se señala: **“Los juicios civiles son públicos, los jueces deliberan en secreto: las sentencias son motivadas, y se pronuncian en audiencia pública”<sup>94</sup>.**

---

<sup>91</sup> Pérez Ragone, Álvaro J. y otro, “Código Procesal Civil Alemán (ZPO)”, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 238.

<sup>92</sup> García Belaunde, Domingo, “Las constituciones del Perú”, 2° edición, Lima, 2005. (disponible en: [www.garciabelaunde.com/Biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf](http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf))

<sup>93</sup> *Ibídem*, pp. 17 – 162.

<sup>94</sup> *Ibídem*, p. 191.

Como se podrá apreciar ya en la Constitución Política de 1828 se reconoce la importancia de la motivación de las sentencias, y no solo su importancia endoprosesal, sino también y particularmente hace alusión al principio de publicidad que debe regir en los juicios civiles, impulsando de ese modo la función extraprosesal de la motivación, sin embargo no se establece que debe contener o que debe considerar una sentencia correctamente motivada.

**Constitución Política de 1834:** Otorgada por la Convención Nacional, siendo Presidente Provisional el General Luis José Orbegoso. En la sección titulada “De la Administración de Justicia” (artículos 121° - 129°) en el artículo 123° se señala: **“La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta; y las sentencias son motivadas, expresando la ley y en su defecto, los fundamentos en que se apoya”**<sup>95</sup>.

En la presente Constitución Política se puede apreciar una intensificación del factor extraprosesal, inclusive se modifica con respecto a la Constitución de 1828 las votaciones secretas de los magistrados y ordena que éstas sean realizadas en voz alta y a puerta abierta.

Es resaltable además, que se considera como motivada la sentencia con la sola mención de la ley, por lo que a pesar de existir un avance con respecto a la anterior Constitución, el papel de juez se ve reducido a la simple mención de la ley, por lo que se manifiesta la influencia de la Escuela de la Exegesis.

Sin embargo lo señalado, cabe destacar que, declara que la motivación se hará expresando la ley y en su defecto, los fundamentos en que se apoya, por lo que es claro que los juristas de dicha época comenzaron a dudar de la complitud y plenitud de la ley, propugnado por la Escuela de la Exegesis, siendo persuadidos también por opiniones como la de la Escuela Histórica del Derecho.

Por otro lado, existe una confusión de los términos de motivación y fundamentación propia de la época, pues esta institución recién estaba siendo

---

<sup>95</sup> *Ibíd*em, p. 225.

desarrollada, además de ello no se hace referencia a que el juzgador debe tener en cuenta los hechos y resolver en función a ellos.

**Constitución Política de 1839:** Otorgada por el Congreso General, siendo Presidente Provisional el Mariscal Agustín Gamarra. En la sección denominada “De la Administración de Justicia” (artículos 124° - 133°) en su artículo 125° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta; y las sentencias son motivadas, expresando la ley y en su defecto, los fundamentos en que se apoya”**<sup>96</sup>.

El dispositivo que regula la motivación de sentencias en la Constitución de 1839, no sufre ningún cambio o desarrollo más amplio, manteniendo las mismas palabras con las que la Constitución de 1834 sancionó la motivación, lo que como se podrá apreciar posteriormente, acompañó a buena parte de nuestra historia constitucional.

**Constitución Política de 1856:** Otorgada por la Convención Nacional, siendo Presidente Provisorio el Mariscal Ramón Castilla. En el Título XVII “Poder Judicial” (artículos 124° - 133°) en su artículo 128° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en voz alta y a puerta abierta.**

**Las sentencias serán motivadas, expresando la ley o fundamentos en que se apoyan”**<sup>97</sup>.

**Constitución Política de 1860:** Otorgada por el Congreso, siendo Presidente Constitucional de la República, El Libertador Ramón Castilla. En el Título XVII “Poder Judicial” (artículos 124° - 130°) en su artículo 127° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en voz alta y a puerta abierta.**

---

<sup>96</sup> *Ibíd*em, p. 285.

<sup>97</sup> *Ibíd*em, p. 319.

**Las sentencias serán motivadas, expresando la ley o fundamentos en que se apoyan”<sup>98</sup>.**

**Constitución Política de 1867:** Otorgada por el Congreso Constituyente del Perú, siendo Presidente Provisorio de la Republica Mariano Ignacio Prado. En el Título XII “Del Poder Judicial” (artículos 121° - 130°) en su artículo 125° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en voz alta y a puerta abierta.**

**Las sentencias serán motivadas, expresando la ley o fundamentos en que se apoyan.”<sup>99</sup>**

**Constitución Política de 1920:** Otorgada por la Asamblea Nacional, siendo Presidente Constitucional de la República Augusto B. Leguía. En el Título XVIII “Poder Judicial” (artículos 146° – 157°) en su artículo 154° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en voz alta y a puerta abierta.**

**Las sentencias serán motivadas, expresando la ley o fundamentos en que se apoyan”<sup>100</sup>.**

**Constitución Política de 1933:** Otorgada por el Congreso Constituyente siendo Presidente Constitucional de la Republica el General de Brigada Luis M. Sánchez Cerro. En el Título XIII “Poder Judicial” (artículos 220° - 231°) en el artículo 227° señala: **“La publicidad es esencial en los juicios: los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en voz alta y a puerta abierta.**

**Las sentencias serán motivadas, expresando la ley o fundamentos en que se apoyan”<sup>101</sup>.**

---

<sup>98</sup> *Ibíd*em, p. 345.

<sup>99</sup> *Ibíd*em, p. 370.

<sup>100</sup> *Ibíd*em, p. 414.

<sup>101</sup> *Ibíd*em, p. 457.

**Constitución Política de 1979:** Otorgada por la Asamblea Constituyente siendo Presidente Constitucional de la República Fernando Belaunde Terry. En el Capítulo IX “Poder Judicial” (artículos 232° - 244°) en su artículo 233° inciso 4 señala: **“Son garantías de la administración de justicia:**

**La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan”<sup>102</sup>.**

En el artículo 233° se enumeraron las garantías de la administración de justicia, en el que se reconoce la motivación de las resoluciones, pero separándolo del principio de publicidad de los juicios como se venía haciendo desde la constitución de 1828.

Además de tener un desarrollo autónomo, se establece los requisitos de dicha motivación, así, se hace referencia a 3 requisitos de la motivación: 1) que esta sea expresada de manera escrita, 2) que se mencione la ley aplicable y 3) que se mencione los fundamentos que lo sustentan. Ello fue un gran avance en comparación con las Constituciones anteriores a la de 1979, pues no solo se explicitan los requisitos de la motivación, sino que se distingue entre fundamentación y motivación, pues mientras la fundamentación es la expresión de la ley a aplicar, la motivación es la justificación de porque se aplica una determinada ley haciendo mención a su sentido que mediante interpretación se le da en un caso concreto.

Sin embargo, pese a reconocerse sus avances en el tema de la motivación de resoluciones, ella solamente hace referencia a la fundamentación y a la motivación de las leyes, sin hacer mención a la relativa a los hechos.

**Constitución Política de 1993:** Otorgada por el Congreso Constituyente Democrático del Perú, siendo Presidente Constitucional de la República Alberto Fujimori Fujimori. En el Capítulo VIII “Poder Judicial” (artículos 138° - 149°) en el artículo 139°, inciso 5 señala: **“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**

---

<sup>102</sup> *Ibíd*em, p. 526.

**La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta”<sup>103</sup>.**

La vigente Constitución Política también sancionó la motivación de las resoluciones, dejando claro su importancia en un estado constitucional de derecho. El artículo 139° inciso 5 desarrolla también de manera amplia la institución de la motivación, contribuyendo con 2 requisitos adicionales que no estaban contenidas en la constitución anterior: 1) se exceptúa los decretos de mero trámite y 2) hace referencia a la fundamentación de los hechos.

A pesar de reconocer los avances en la Constitución de 1993 su redacción resulta desafortunada, pues en ella se hace alusión a la aplicación de la ley y a los fundamentos de hecho, lo cual crea una gran confusión, pues se interpretaría que la motivación legal de una resolución, estaría dada por la expresión de la ley aplicable, mientras que la motivación de los hechos se daría con la expresión de los hechos en los que se sustenta una decisión judicial.

Creo yo que es más acertada la formulación del principio de la motivación de las resoluciones contenida en la constitución de 1979, sin embargo la referencia a la fundamentación de los hechos es un gran avance con respecto a la anterior Constitución.

Es importante pues que las resoluciones en general y la sentencia en particular eviten en todo momento ser causa de confusión, cumpliendo con su función endoprosesal y extraprosesal. Del comentario al artículo mencionado, por parte de Bernales Ballesteros<sup>104</sup>, se desprenden 2 funciones adicionales que tendría la motivación de las resoluciones: por un lado la función de precedente, debido a que es frecuente la utilización de sentencias no vinculantes por los operadores del derecho como referencia en casos judiciales similares, por lo que es útil que el juzgador redacte de una manera adecuada la motivación de su decisión.

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 625.

<sup>104</sup> Bernales Ballesteros, Enrique, *“La Constitución de 1993, análisis comparado”*, RAO editora, 5° edición, Lima, 1999, p. 644.

Rubio Correa<sup>105</sup> por su parte señala que: “cada sentencia sirve de precedente (vinculante o simplemente ilustrativo pero no poco importante) para la resolución de casos sucesivos. Este carácter de precedente es imposible de aplicar si es que la sentencia no tiene fundamentos”.

Y por otro lado, la función pedagógica, ya que la motivación de la decisión en las sentencias, nos va a servir para reflexionar, sobre todo en el campo académico si la legislación vigente es la adecuada para regular y resolver un determinado conflicto o si por el contrario es necesaria una modificación. Esto se enlaza con el inciso 20 del artículo 139° que reconoce el derecho de toda persona a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales.

- ii) **La obligación de motivar en la legislación ordinaria:** En la presente sección se desarrollarán los dispositivos legales que hagan referencia a la motivación de las sentencias en el Código Procesal Civil, por lo que se dejará de lado aquellos artículos que, como el artículo 194<sup>o106</sup> y el 611<sup>o107</sup>, que a pesar de desarrollar la institución de la motivación, no hacen referencia específicamente a la motivación en la sentencia. Así también se revisará la Ley Orgánica del Poder Judicial a fin de establecer si contiene artículos referentes a la obligación de motivar de los magistrados.

#### **Código Procesal Civil Decreto Legislativo 768° de 1993:**

**Artículo VII:** “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

---

<sup>105</sup> Rubio Correa, Marcial, *“Estudio de la constitución política de 1993”*, Tomo V, fondo editorial de la P.U.C.P., 1999, Lima, p. 74.

<sup>106</sup> Artículo 194°: Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

<sup>107</sup> Artículo 611°: El juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante: (...) La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar, es debidamente motivado, bajo sanción de nulidad.

A pesar de que el presente artículo se refiere en especial al principio de “*iura novit curia*” toca de manera tangencial un requisito de una adecuada motivación al mencionar que el juez no podrá fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta sección, complementa lo mencionado en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política actual donde se señala que las resoluciones judiciales deben mencionar los fundamentos de hecho en que se sustenta.

Como señala Ledesma Narváez<sup>108</sup>: “si esta (la sentencia) se pronuncia más allá de lo pedido estamos ante sentencias *ultrapetita*, si se pronuncia agregando una pretensión no reclamada estamos ante las pretensiones *extrapetita* y si omite pronunciarse sobre alguna pretensión solicitada estamos ante la sentencia *citra petita*”.

**Artículo 50° inciso 6:** “Son deberes de los jueces en el proceso: Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”.

El presente artículo amplía los requisitos de una adecuada motivación, señalando que esta debe respetar los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia. El principio de jerarquía de las normas se encuentra regulado en el artículo 138° de la actual Constitución, en ella se dispone que de existir incompatibilidad entre la Constitución y una norma de menor jerarquía, el juez deberá aplicar la Constitución, y en caso hubiere una incompatibilidad entre una ley y una norma de menor jerarquía, se debe preferir la ley. Esto tiene como antecedente lo establecido en el artículo 138° de nuestra Constitución actual, el cual, en su último párrafo ordena que: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

---

<sup>108</sup> Ledesma Narváez, Marianella, “*Comentarios al código procesal civil*”, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 66.

Al respecto Rubio Correa<sup>109</sup> menciona que ello responde al principio de supraordinación mediante el cual está organizado nuestra legislación, el cual resolverá que norma aplicar en caso de conflictos normativos.

Además de ello debe respetar el principio de congruencia que a decir de Hinostroza Mínguez, citando a Devis Echandía es “el principio normativo que exige la identidad jurídica, entre lo resuelto en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes”<sup>110</sup>. Lo presente reafirma lo expresado en el artículo VII del Código Procesal Civil.

Por otro lado establece la consecuencia de su inobservancia; la nulidad, el cual está establecido en nuestro Código Procesal Civil en el artículo 171°

**Artículo 121°:** “Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”.

Las resoluciones se clasifican, atendiendo a su función, en interlocutorias y definitivas: las interlocutorias son aquellas que sin poner fin al proceso resuelven los incidentes planteados en el juicio, dentro de estos nuestro Código Procesal Civil menciona aquellos que son de mero trámite que no requieren motivación y

---

<sup>109</sup> Rubio Correa, Marcial, *“El sistema jurídico, introducción al derecho”*, Fondo editorial de la P.U.C.P., 2° reimpresión de la 8° edición, Lima, 2001, p. 132.

<sup>110</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, *“Comentarios al código procesal civil”*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 121.

aquellas que resuelven incidencias claves dentro del proceso pero sin ponerle fin y requieren motivación.

Se hace además especial referencia a la sentencia, la cual por su función es una resolución definitiva, como menciona Hinostroza Mínguez: “la sentencia es aquella resolución, destinada a poner fin a la instancia o al proceso, por la que el juez decide, en forma expresa, precisa y debidamente fundamentada, acerca de la materia ventilada en juicio, declarando el derecho que pudiera corresponder a los justiciables, dando solución de esa manera al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica de que se trate”<sup>111</sup>.

Establece además de la motivación 2 requisitos adicionales de la decisión del juzgador, disponiendo que la decisión de ser también expresa y precisa.

**Artículo 122°, inciso 3:** “Las resoluciones contienen:

La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”.

En el presente artículo se desarrolla el contenido de las resoluciones. El inciso 3, señala que se debe incluir los “fundamentos” de hecho y de derecho, con la “cita de la norma” aplicable. Como se mencionó anteriormente, existe en nuestra legislación una confusión entre los términos “fundamentar” y “motivar” una resolución, en general y la sentencia en particular. Conuerdo con lo mencionado por Ledesma Narváez quien señala: “Fundamentar no significa motivar. En la motivación, el juez expone las razones del fallo, la causa o hechos que justifican esa decisión; en cambio, la fundamentación busca articular las razones o motivos del fallo con el precepto legal aplicable, articulando los resultados y consideraciones de la sentencia”<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> Ledesma Narvaez, Marianella, op. cit., pp. 463 – 464.

Por su parte, Clemente Díaz afirma: “La motivación judicial consiste en la exposición coherente y razonada de las causas que inducen al juez a calificar jurídicamente, una situación fáctica o legal que considera acreditada en el proceso”<sup>113</sup>.

Así también Aldo Bacre señala: “La motivación judicial no puede ser independiente de la fundamentación legal: el juez al dar los motivos de su decisión, no podrá apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas, pues si hiciera lo primero prescindiendo de las normas, se estaría transformando en legislador, y si se apoyara en aquellas prescindiendo de los hechos, se convertiría la sentencia en una obra de investigación o de doctrina”<sup>114</sup>.

Es necesario que el juzgador explicita las razones que lo llevaron a considerar una determinada norma como aplicable al caso llevado ante él, así como los motivos que llevaron al juzgador a tener por probados unos hechos determinados. No es suficiente que mencione los dispositivos legales que basan su decisión, ni que señale los hechos que considera probados sin más, es necesario que exponga las interpretaciones que hizo de las leyes y valoraciones de los medios probatorios. De no hacerlo de dicha manera la decisión sería arbitraria, confiando en que la decisión del juzgador es la adecuada para resolver el conflicto, y no tendríamos las herramientas necesarias para poder impugnarla de ser el caso.

**Artículo 397°:** “La sentencia debe motivar los fundamentos por los que declara infundado el recurso cuando no se haya presentado ninguna de las causales previstas en el artículo 386°.

La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de estar erróneamente motivada, si su parte resolutive se ajusta a derecho.

Sin embargo, debe hacer la correspondiente modificación”.

El presente artículo hace referencia a la motivación en el recurso extraordinario de casación, específicamente a la sentencia que niega la casación, ello es

---

<sup>113</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., p. 262.

<sup>114</sup> *Ibíd*em, p. 263.

importante pues todas las sentencias deben contener la motivación de su decisión de acuerdo a lo señalado en el artículo 121° del Código Procesal Civil.

La motivación errónea de la sentencia llevada a casación no es causal de su impugnación, siempre y cuando la parte resolutive de la sentencia se ajuste a derecho. Esto nos llevaría a pensar que sin importar lo incongruente o absurda que sea la motivación que contenga una sentencia, esta no será casada, pues no es causal de ello una inadecuada motivación. Sin embargo Ledesma Narváez es de la opinión que ello es diferente a cometer un error “*in cogitando*”, en el que se vulnera las reglas elementales del razonamiento lógico. Por lo que debemos suponer que el error en la motivación debe ser relativamente insignificante, pues es natural considerar que a una errónea motivación le sigue consecuentemente una errónea decisión. Queda a criterio de los jueces de casación considerar si dicha motivación repercute o no de forma sustancial en la decisión de la sentencia llevada ante ellos.

#### **Ley Orgánica del Poder Judicial:**

**Artículo 12°:** “Todas las resoluciones con excepción de las de mero trámite son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”.

En el presente artículo se hace una reafirmación de lo expresado en el artículo 121° del Código Procesal Civil, haciendo énfasis en el carácter general de la motivación en todas aquellas resoluciones que no sean de mero trámite, con expresión de los fundamentos que lo sustenta.

Es necesario una vez más insistir en la diferenciación entre motivación y fundamentación, pues la fundamentación consiste en la citación de los preceptos legales en que se apoya una determinada decisión y la motivación es la serie de razonamientos lógico-jurídicos que justifican la adopción de una determinada ley o la valoración de los medios probatorios.

Señala además que la motivación de los jueces de segunda instancia cuando absuelvan el grado no podrán basarse en la resolución recurrida, pues no constituye motivación suficiente, por lo que de hacerlo estarían cometiendo un error “*in cogitando*”.

Finalmente debemos destacar que es necesario que el juez conozca los requisitos que nuestra legislación observa como obligatorios al momento de motivar la decisión pues “los límites de la motivación se identifican con los de la decisión” lo que “condiciona la propia actividad de justificación de la decisión”<sup>115</sup>.



---

<sup>115</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 160.

## CAPITULO II:

### LA FIGURA DEL JUEZ Y SU OBLIGACION DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS CIVILES

#### 1) LA FIGURA DEL JUEZ

##### a) El Juez y su función: Tipos de Juez:

El juez es aquella persona revestida de autoridad que ejerce la potestad jurisdiccional del Estado, teniendo como función aplicar el derecho a los casos concretos y resolviendo de modo definitivo las controversias jurídicas llevadas ante él, afectando con su decisión las relaciones jurídicas de las partes en relación a un caso concreto, por lo que es necesario determinar hasta qué punto ejerce su función jurisdiccional.

Sobre el juez y su función hay una gran variedad de posiciones disímiles, sobre todo atendiendo a la proliferación de corrientes iusfilosóficas que se originaron a partir de finales del siglo XVIII con el movimiento de la Ilustración. Sin embargo creo que principalmente se puede catalogar al juez y su papel en tres posiciones bien definidas que pueden ser estudiadas, para lo cual nos serviremos de la clasificación efectuada por François Ost<sup>116</sup>, de modo que podremos examinar y distinguir el tipo de labor que tiene el juzgador en un Estado Constitucional de Derecho. Para el jurista belga los jueces pueden clasificarse en tres categorías: juez Júpiter, juez Hércules y juez Hermes.

- i) **Juez Júpiter:** Este tipo de juez desarrolla su actividad amparado por la confianza en la codificación, su función se limita a subsumir en el supuesto jurídico (sin ningún tipo de interpretación jurídica de la ley posible) en los supuestos de hecho que se le presente en un conflicto llevado ante él.

Considera que su función se resume a una actividad meramente silogística, pues confía en que las leyes le proveerán las herramientas para resolver todo tipo de disputas jurídicas que se presenten en la sociedad. Este tipo de concepción de la

---

<sup>116</sup> Ost, François, *“Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”*, (trad. Isabel Lifante Vidal), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. 169 – 194.

figura del juez está representado por los movimientos más extremos del positivismo legalista como la Escuela de la Exegesis.

**ii) Juez Hércules:** Este tipo de juez es utilizado como base de la teoría jurídica del jurista norteamericano Ronald Dworkin, el cual es totalmente opuesto al juez Júpiter, este juez no admite la legitimidad de la ley para resolver los conflictos de una manera válida, ya que, solamente él y sus pronunciamientos y decisiones están autorizados para crear derecho, es decir, en este modelo de juez, la fuente del derecho pasa de forma total de manos de la ley a las del juzgador.

Solamente el juzgador está autorizado a crear derecho y no tiene parámetros definidos de actuación, por lo que puede basar sus decisiones en sus más personales valoraciones sin límite alguno. Además de ello presenta otras características<sup>117</sup> que solamente podrían ser ejercidas en un contexto completamente ideal o utópico.

Este tipo de juez es propio de lo de las posiciones más radicales de las corrientes decisionistas del realismo jurídico, pudiendo mencionar, a la Escuela del Derecho Libre como su más típico representante.

**iii) Juez Hermes:** El juez Hermes es un tipo de juez que se mueve entre los dos modelos anteriores, reconociendo ciertas características particulares de ambas, que asimila y las hace propias. Este juez concibe el derecho como algo flexible, que se puede amoldar según el caso particular, siendo consciente de la textura abierta de la ley, la cual podrá interpretar para dar solución al caso concreto.

Es decir, tiene como marco referencial de sus decisiones a la ley, pero es consciente de que directamente ella no le proporcionará las respuestas que busca, reconociendo un margen de discrecionalidad al interpretar la ley y valorar los hechos del caso.

---

<sup>117</sup> “Este súper juez lo sabe todo, dispone de tiempo ilimitado para tomar la decisión, su información sobre el caso y sobre los argumentos relevantes es ilimitada, es incluso capaz de hacer las elecciones más difíciles y, esto es importante para la imparcialidad, es capaz de cambiar su rol con otros sin ningún límite”. Aulis, Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, (trad. Josep Aguiló Regla), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 8, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 31.

Podemos mencionar como característicos de esta posición, los aportes efectuados por los juristas Hans Kelsen y H.L.A. Hart al papel de la labor jurisdiccional.

En la actualidad, debido al desarrollo continuo de la dogmática jurídica, especialmente por los aportes a la figura del juez y su función a partir del siglo XX, es muy difícil sostener los dos primeros modelos, caracterizados principalmente por el extremismo en sus postulados, por lo que considero que la figura del juez Hermes es la más adecuada para describir la función del juez en nuestro medio, pues en ella sí se hace posible la práctica de la motivación de sus decisiones, principio de gran importancia para una efectiva tutela jurisdiccional y respeto al debido proceso legal.

**b) El Juez y su comportamiento:**

Sobre el comportamiento del juez es interesante lo mencionado por el maestro italiano Piero Calamandrei<sup>118</sup>: “tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado” y añade “Los jueces son los que perteneces a una orden religiosa. Cada uno de ellos debe ser ejemplo de virtud, si no quiere que los creyentes pierdan la fe”.

Así también en una opinión más contemporánea se señala que: “Como es sabido, en la práctica judicial —entendida en su significación elemental— la persona del juez supone a alguien experimentado, moralmente coherente y que goza de prestigio y respetabilidad para sentenciar según su experiencia, prudencia y sentido de la justicia, y precisamente es en esta trascendente actividad donde se funden en sentido y contenido la actividad de la sentencia como valoración de los hechos, que al ser subsumidos en la norma general y abstracta plasmada en la legislación, devienen en la toma de decisiones prudentes, como presupuesto de la justicia”.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Malem Seña, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2001, p. 380.

<sup>119</sup> Platas Pacheco, María del Carmen, “El deber del juez prudente; elementos para una reflexión personal”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Nro. 31, México D.F, 2011, p. 47.

En contraposición a las 02 opiniones anteriormente descritas, concuerdo con Malem Seña<sup>120</sup>, en que en un contexto donde los jueces deben proporcionar las razones que justifican sus decisiones, los atributos personales de carácter moral que puedan o no tener, o la realización de actos exclusivamente en sus respectivos ámbitos personales, carecen de relevancia práctica o institucional.

Sin embargo para dar una apariencia de justicia (que ya nada tiene que ver con el derecho y los argumentos que defienda en sus pronunciamientos, especialmente en la sentencia), se recomienda que el juez sea una persona honorable e intachable. Así el Código de Ética del Poder Judicial Peruano establece que en su artículo 9° que el juzgador debe evitar: 1) aceptar invitaciones de personas que tienen intereses creados respecto de alguna decisión a su cargo, y tampoco de abogados que ejercen en asuntos bajo su jurisdicción 2) concurrir a lugares de dudosa reputación 3) ingerir son moderación bebidas alcohólicas 4) aceptar directa o indirectamente dadas o beneficios económicos provenientes de personas o abogados que puedan ser afectados por alguna decisión jurisdiccional a su cargo y 5) consumir sustancias estupefacientes.

Creo yo que si bien es cierto que el comportamiento del juez ajustado a lo mencionado, podría para algunos (sobre todo al momento del control extraprocesal de la motivación) dar una mayor confiabilidad en la actividad realizada por el juez, en realidad se estaría configurando una falacia “*ad personam*”, es decir, se daría mayor o menor importancia a las argumentaciones efectuadas en un caso concreto atendiendo a la figura personal del juzgador.

Hay quienes argumentarían que el comportamiento que tiene en su vida privada un juzgador, sería el mismo que tendría al realizar sus labores jurisdiccionales, de modo que si por ejemplo un juez es desconsiderado con sus vecinos, del mismo modo tendería a ser desconsiderado con las parte de un proceso. A pesar de que ello en muchos casos sea así, no es garantía de un correcto actuar en la labor jurisdiccional, las costumbres de comportamiento personal del juez.

---

<sup>120</sup> Malem Seña, Joge F., p. 388.

Por lo mencionado, es necesario establecer otros parámetros que garanticen una actuación adecuada del juzgador. Estos límites de actuación del juzgador en primer lugar están establecidos por el derecho, es decir el juzgador no podrá actuar más allá de lo señalado en la ley, en segundo lugar otro límite es el reconocimiento de la obligación de motivar sus decisiones, especialmente las sentencias que ponen fin al proceso, la cual a su vez, está asociada con la posibilidad de impugnación de dicha decisión por un juez superior jerárquico.

Creo que un adecuado o inadecuado comportamiento jurisdiccional se puede esperar tanto de un juez que tenga un buen comportamiento personal, que sea respetuoso de las buenas costumbres, así como del código de ética del poder judicial, como de aquel que no los respetase.

Considero que, este tipo de comportamientos no son de interés al examinar la corrección de las motivaciones de las decisiones jurisdiccionales, sino que deben ser controlados a partir de un examen de logicidad y de aceptabilidad de las razones aducidas para justificar una decisión.

Por otro lado, existe otro tipo de comportamientos del juzgador que atañen a su función jurisdiccional, es decir, que de su inobservancia en la actividad del juzgador, burlaría la misión que el pueblo le ha encomendado.

Este tipo de comportamientos, son de tal importancia que no solamente han recibido sanción legal, sino incluso constitucional. Entre ellos el Código de Ética del Poder Judicial señala que el juez debe actuar con autonomía e independencia, imparcialidad, diligencia y transparencia. Estos requisitos “éticos” del comportamiento del juez si son de necesaria observación en su actividad y repercuten en gran medida en sus funciones, como menciona Rodolfo Vigo<sup>121</sup>: “la ética judicial y sus exigencias tienen que ver con ciertos bienes o intereses en juego en la tarea judicial, de manera que según la calidad con la que ésta es prestada o ejercida, aquellos bienes, intereses o perfecciones serán satisfechos o perjudicados en mayor

---

<sup>121</sup> Vigo Rodolfo, Luis, “*Ética Judicial e interpretación jurídica*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol., 29, Universidad de Alicante, Alicante, 2006 pp. 278 – 279.

o menor medida”, por lo que la ética del juzgador estaría dada por su actuación profesional como operador del derecho en un proceso.

Por su parte el profesor Garzón Valdez, distingue entre dos tipos de comportamientos, señalando que existe una dualidad al respecto; por un lado está la llamada “moral profesional” que son morales adquiridas debido a que el agente libremente se somete a ellas debido a una obligación o a un papel social que tiene que cumplir, como por ejemplo cuando una persona se convierte en juez tiene que ajustar su comportamiento a cierto parámetros que son requeridos por la actividad jurisdiccional; y la “moral ordinaria” que respondería a las características básicas de todo ser humano.<sup>122</sup>

Por lo que, será de vital importancia para el correcto desempeño de la actividad jurisdiccional, atendiendo a su parte técnica, el respeto entre otros a los principios de autonomía e independencia, imparcialidad, diligencia y transparencia de la labor judicial.

**c) El Juez y su actividad:**

Si bien se reconoce de ordinario que el objetivo principal del órgano jurisdiccional es poner fin a un conflicto de intereses por medio de una decisión, no es menos importante la actividad que le permitirá llegar a dicha decisión, dicha actividad es la de “juzgar” de un lado, la pertinencia de la aplicación de una norma jurídica a un supuesto de hecho, y de otro lado, valorar los medios de prueba que le servirán al juzgador para establecer como probados o no dichos hechos. Ello servirá de apoyo a sus premisas de hecho y de derecho, que a su vez justificaran la decisión adoptada.

Pérez Luño<sup>123</sup>, diferencia tres dimensiones del acto de juzgar, que más bien son una encadenación: 1) juzgar como percibir, 2) juzgar como razonar y 3) juzgar como decidir.

---

<sup>122</sup> Aguiló Regla, Josep, “*Dos concepciones de la ética judicial*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 32, Universidad de Alicante, Alicante, 2009, p. 533

<sup>123</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, “*¿Qué significa juzgar?*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 32, Universidad de Alicante, Alicante, 2009, pp. 151 – 179.

- i) **Juzgar como percibir:** Alude a la aprehensión de datos a través de los sentidos por parte del juzgador, ya sea oyendo a las partes, mediante una inspección ocular, la lectura de un testimonio, etc., es decir hace referencia a las percepciones sensoriales que experimenta el juez dentro de su actividad.
- ii) **Juzgar como razonar:** Conlleva el reconocimiento de la capacidad de razonar como el medio idóneo para llevar a cabo la tarea del juzgador.

Sin embargo es necesario establecer qué tipo de razonamiento es el adecuado para resolver un conflicto y justificarlo, ya que por un lado tenemos a aquellos que consideran a la lógica, es decir a la racionalidad pura, como el método a través del cual el juzgador puede establecer la norma aplicable al caso concreto, mediante el auxilio de la subsunción.

Por otro lado tenemos a aquellos que defienden un tipo de razonamiento práctico, representado por las modernas teorías de la argumentación jurídica, que se centran más en que las razones sean buenas razones, es decir en su razonabilidad, sin que ello degeneren en razones basadas en puros juicios de valor del juzgador, ya que debe atenderse al marco normativo, los precedentes y estudios dogmáticos, de modo tal que este tipo de razonamiento no niega el valor que tiene la lógica en la práctica judicial.

- iii) **Juzgar como decidir:** Por último tenemos al juzgar como decidir que tiene por objeto dar un pronunciamiento teniendo en cuenta lo percibido en primer lugar y lo razonado en segundo, de modo que dé como resultado, una decisión que ponga fin al conflicto.

Esta decisión al final toma la forma de un silogismo, pero solo al final, pues previamente se ha llevado a cabo valoraciones respecto a las leyes y los hechos, por lo que no es posible negar dicha dimensión valorativa, sin rechazar a su vez, el límite normativo que tiene que respetar, negando de plano todo tipo de actividad arbitraria en la labor jurisdiccional.

De lo descrito se puede observar una coincidencia entre las etapas descritas del juzgar de Pérez Luño con la motivación de la sentencia, ya que por un lado el juez debe tener en cuenta en primer lugar los medios de prueba ofrecidos por las partes, así como la ley aplicable al caso, en segundo lugar debe establecer mediante su razonamiento la pertinencia de la aplicación de la ley al caso concreto, así como valorar los medios de prueba a fin de determinar que hechos va a tener como probados, y finalmente decidir sobre las premisas que servirán de apoyo a su decisión sobre el caso, tomando en consideración las dos actividades anteriores.

Sin embargo es de especial intereses para el presente trabajo el juzgar como razonar, pues es necesario establecer que factores debe tomar en cuenta el juez para que su decisión sea la adecuada, lo cual estará determinado por la justificación que incluya en el documento de sentencia.

#### **d) El Juez y sus límites:**

Como se mencionó anteriormente, el juzgador tiene como límite a su actuación el marco establecido por la ley, así por ejemplo nuestro Código Procesal Civil en su artículo IX establece el principio de vinculación que tiene el juez a la ley procesal con carácter imperativo, salvo regulación permisiva establecida por la propia ley.

La decisión del juzgador en primer término debe ajustarse al principio de legalidad, lo cual representa el cumplimiento del requisito de racionalidad de la decisión y de la motivación, el ordenamiento jurídico es el que va a marcar los parámetros dentro de los cuales debe actuar el juzgador, como menciona Colomer<sup>124</sup> “la racionalidad de la sentencia es una consecuencia directa del hecho que la decisión y su correspondiente motivación sean legítimas desde el punto de vista jurídico, es decir del hecho que sean realizadas con el debido respeto de las reglas y exigencias que legalmente disciplinan, por un lado el procedimiento jurisdiccional que se está utilizando para dilucidar la controversia, y por otro, la aplicación de las normas al caso concreto”.

---

<sup>124</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 34.

Sin embargo se reconoce también, cierto margen de maniobrabilidad en su actuación, ya que ejerce su función con cierto margen de discrecionalidad atendiendo a las particularidades del caso, por lo que la motivación de a decisión será de gran utilidad para establecer si la decisión se emitió de una manera racional y adecuada.

**i) Tesis que limitan la actuación del juez:**

Es necesario distinguir aquí entre dos tesis: la tesis cognitivista y la tesis discrecionalista que tiene como objeto establecer los límites en la actuación de los magistrados.

**(1) La tesis cognitivista<sup>125</sup>:** Hacer referencia a esta tesis es obligada pues, esta cuenta con características particulares que son necesarias resaltar, sobre todo en relación a la responsabilidad del juzgador, ya que esta tesis considera que el juzgador para cada caso puede encontrar la “única” respuesta correcta para solucionar un caso concreto.

Suponiendo que la ley sea capaz de dar una sola respuesta correcta a cada conflicto, la cual sería reconocible con plena facilidad por el juzgador, debido a que la ley no carecería de ningún tipo de indeterminación, esto daría como resultado por un lado, la lógica desaparición de la jerarquía judicial y como consecuencia de ello la incapacidad de impugnar las sentencias, pues si solo existe una solución justa y esta es de fácil reconocimiento por el juzgador, la solución de conflictos solo necesitaría recurrir a una única instancia.

Ello, como se podrá apreciar, solo se podría dar en el utópico caso de un sistema jurídico infalible y sin ningún tipo de defecto. En consecuencia también sería innecesaria la motivación de la decisión del juzgador, pues la justificación de la decisión estaría implícita en la norma aplicada.

Por otro lado, con respecto a la responsabilidad del juzgador, esta se acrecentaría de una manera desmesurada, sobre todo con relación a la tesis discrecionalista, pues al reconocerse que la solución a cada caso específico está dada por la propia

---

<sup>125</sup> Rentería Adrián, *“Discrecionalidad judicial y responsabilidad”*, Fontamara, 2º edición, México D.F., 2002, pp. 61 – 62.

ley, la responsabilidad del juzgador sería total pues, el único responsable de que la ley no resuelva un conflicto es el juzgador, ya que este no podría imputar algún tipo de incerteza a la ley.

**(2) La tesis discrecionalista:** En esta tesis es posible diferenciar dos posiciones: una radical y otras moderada.

**(a) Tesis radical:** Esta posición, está fundada en los argumentos defendidos por el realismo radical, defendiendo que todo tipo de decisión tomada por el juez es discrecional, sin importar que ella se ajuste a una normatividad preexistente.

Es característico de este modelo, la imposibilidad de exigir algún tipo de motivación a las decisiones del juzgador, pues al no reconocer ningún tipo de límite a la decisión judicial, su otorgamiento carecería de sentido, tal como lo menciona Gunnar Bergholtz<sup>126</sup> al preguntarse: “¿Por qué iban los jueces a tomarse tanto trabajo en la elaboración de sus motivaciones e incluso cambiar de opinión en cuanto al resultado como consecuencia del proceso de redactar la motivación si las razones no fueran otra cosa que sus corazonadas revestidas de ropaje judicial?”.

**(b) Tesis moderada:** Por otro lado encontramos una teoría discrecionalista de corte kelseniana, al que particularmente me adscribo pues, establece que la actividad del juez complementa lo regulado por la ley al darle un determinado sentido a las normas cuando las aplica a un caso concreto, por lo que se podría decir que los jueces crean derecho, un derecho particular que va a regir las relaciones de las partes de un conflicto con respecto al objeto del caso.

Bulygin<sup>127</sup> señala que, puesto que la norma individual del juzgador está fundada en una norma general creada por el legislador, sería exagerado hablar de creación judicial del derecho. Personalmente opino que en parte tiene razón al señalar que el juez basa su decisión en una ley general, la cual es de observancia obligatoria por parte del juzgador, sin embargo, opino que el juez sí crea derecho, pero es

---

<sup>126</sup> Bergholtz Gunnar, “*Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*”, (trad. Josep Aguiló Regla), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 8, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 84.

<sup>127</sup> Bulygin, Eugenio, “*Creación y aplicación del derecho*”, José Juan Moreso y otro (dir.), Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 34.

una creación derivada y complementaria de la norma general otorgada por el legislador.

En esta tesis si es pertinente la figura de la motivación de las decisiones, pues es necesario controlar que esta haya sido pronunciada de forma racional y acorde a la legislación vigente, siendo posible además, distinguir atendiendo a su razonabilidad entre una decisión discrecional y una decisión arbitraria, lo cual podrá verificarse de la justificación que contenga la motivación. Además de ello, se hace necesaria una jerarquía judicial que garantice que la decisión haya cumplido con los requerimientos que la ley señala.

**e) Discrecionalidad vs arbitrariedad:**

El termino discrecionalidad no puede ser equivalente al de arbitrariedad, esta última es propugnada por corrientes radicales defensoras del decisionismo jurídico, y la primera es decir la discrecionalidad hace referencia “a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles a ella”<sup>128</sup>. Así también se pronuncia Arcos Ramírez al señalar que “tanto en el mundo jurídico como en el no jurídico, la arbitrariedad se identifica con el abuso del poder, con su utilización caprichosa, sin arreglo a motivo o razón alguno que lo explique o justifique”<sup>129</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional<sup>130</sup> se ha expresado al respecto diciendo que la prohibición de arbitrariedad tiene un doble significado: “a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de la fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”, así también al señalar que “toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”.

---

<sup>128</sup> Etcheverry, Juan B., “*Discrecionalidad judicial*”, Luis Fabra Zamora y otra (ed.), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2005, p. 1398.

<sup>129</sup> Arcos Ramírez, Federico, “*La seguridad jurídica, una teoría formal*”, Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Septiembre del 2012, expediente Nro. 02637-2011-PHC/TC

También menciona que “en la medida que el hecho de conocer cuáles han sido los criterios jurídicos empleados por los órganos judiciales para fundamentar su decisión (fundamentación en derecho) conlleva la garantía de que la decisión no sea el resultado de una aplicación arbitraria de la legalidad o su interpretación no resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable ya que, en tales casos, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (motivación aparente) que afectaría el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”<sup>131</sup>.

El reconocimiento de la actividad discrecional del juez se da en razón a los siguientes supuestos:

- i) Ambigüedad y oscuridad de la norma:** La presencia de ambigüedades y oscuridades son propios de las construcciones lingüísticas, a las que, el derecho también pertenece.

Al respecto se ha dicho que “una norma mal redactada, ambigua u oscura representa un obstáculo para preservar una concepción estrictamente técnica y no política de la labor judicial, en la que los márgenes interpretativos del operador jurídico quedan prácticamente suprimidos”<sup>132</sup>, además que “esta imprecisión normativa provoca un incremento de las facultades decisorias de los órganos encargados de aplicar o ejecutar leyes, así como de la potestad controladora de los tribunales”<sup>133</sup>.

- ii) Lagunas normativas:** Esta posibilidad es, en relación a la anterior, mucho más difícil de presentarse, pues requeriría un silencio absoluto por parte de la ley en la regulación normativa de un caso concreto. Como señala Pérez Bermejo<sup>134</sup>: “existe laguna allí donde existe un caso jurídicamente relevante al que ninguna de las normas vigentes del sistema parece dar respuesta”.

- iii) Presencia de antinomias:** Se reconoce en principio que el ordenamiento jurídico no es un grupo o colección de normas separadas entre sí, sino que forman parte de

---

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Junio del 2010, Expediente Nro. 05923-2009-PA/TC

<sup>132</sup> Arcos Ramírez, Federico, op. cit., p. 258.

<sup>133</sup> Ibídem, p. 342.

<sup>134</sup> Pérez Bermejo, Juan Manuel, “*Coherencia y sistema jurídico*”, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 222.

un todo íntegro sistema jurídico, por lo que la presencia de antinomias pone en relieve la incongruencia entre las normas que ordenan un mismo sistema jurídico al resolver un caso concreto; “existe antinomia cuando dos o más normas de un mismo sistema jurídico asocian a un mismo supuesto de hecho dos o más consecuencias incompatibles entre sí, de modo que en todas o en alguna de las alternativas de conducta implicadas en dicho supuesto no será posible obedecer una norma sin desobedecer otra”<sup>135</sup>.

Estos supuestos son las causales del reconocimiento del carácter indeterminado del derecho y de la capacidad discrecional del juzgador al solucionar un conflicto, así como su capacidad creadora de derecho, sin embargo esta capacidad no es autónoma, sino que es una capacidad delegada del legislador<sup>136</sup>, pues como se advierte, no es posible que la ley pueda regular de manera específica, todos los tipos de conflictos que se presenten en una sociedad, por lo que es necesario esa textura abierta a que se hizo referencia anteriormente, de modo que el juzgador utiliza una norma general, que mediante la actividad jurisdiccional se convierte en una norma particular.

Por otro lado con respecto a la amplitud de la discrecionalidad judicial, Rentería<sup>137</sup>, citando a Wroblewski, señala que dicha capacidad discrecional la va a ejercer en cuatro ámbitos, así, habrá discrecionalidad relativa a la determinación de la validez de la norma aplicable, relativa a la decisión interpretativa, relativa a la evidencia de los hechos de la cuestión jurídica y relativa a la elección de las consecuencia, siendo de especial relevancia para el presente trabajo la relativa a la decisión interpretativa y la relativa a la evidencia de los hechos, las cuales se desarrollaran más adelante.

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 206 – 207.

<sup>136</sup> “El derecho que organiza la actuación de la administración se va a configurar como un marco jurídico con una indeterminación y ambigüedad consentida por el legislador, que reduce de forma sustancial su capacidad para limitar los espacios de discrecionalidad de aquella”. En Arcos Ramírez, Federico, *op. cit.*, p. 342.

<sup>137</sup> Rentería, Adrián, *op. cit.*, p. 42.

**f) Discrecionalidad y control:**

Demostrada la capacidad de discrecionalidad de la función judicial, es necesario establecer los controles de dicha capacidad, pues discrecionalidad y control son caras de una misma moneda, sin una no sería posible la otra; por otro lado el control nos permitirá distinguir si nos encontramos frente una decisión discrecionalidad o a una decisión arbitraria, por ello el control se dará en dos frentes, habrá pues un control institucional y uno doctrinario de la discrecionalidad.

- i) Control Institucional:** Este tipo de control se hace posible gracias al reconocimiento de múltiples instancias de la labor jurisdiccional, pues al reconocerse que el juzgador tiene una variedad de posibilidades de decisión, es necesario el control de la corrección por otro juzgador superior jerárquicamente, que examine las valoraciones hechas por el juzgador “*a quo*” y certifique que dicha decisión fue otorgada atendiendo al marco normativo y a los requisitos especiales que ordenan la decisión y la motivación de la sentencia. En ella se reconoce la función endoprocesal de la motivación que será desarrollada más adelante.
- ii) Control doctrinario:** como señala Rentería<sup>138</sup>: “por justificación se entiende un procedimiento particular que consiste en aducir razones en favor de una de las siguientes conclusiones: que es verdadero o probable o verosímil o atendible, un determinado enunciado cognoscitivo; o que es justo, o bueno o correcto o válido un enunciado prescriptivo”.

Así, el control doctrinario estará dado por la justificación y su contenido que hacen legítima la decisión del juzgador. Esta justificación se debe dar en un orden interno, es decir atendiendo a un control de logicidad entre las premisas utilizadas, que mediante subsunción de la primera en la segunda dan como resultado la decisión, pues “la parte dispositiva de la sentencia, está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello, los considerandos deben tener un fundamento fáctico y un fundamento normativo”<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibíd*em, p. 76.

<sup>139</sup> Bulygin, Eugenio, “*Creación y...*”, p. 34.

Además del control interno de la justificación, se debe hacer también un control externo de la misma, la cual es conseguida por el examen del cumplimiento de los requisitos de racionalidad, razonabilidad, coherencia, etc., de las justificaciones en las que se apoyan las premisas que son objeto del control de logicidad. Es decir no solo se atiende a que los motivos de hecho y de derecho sostenidos por el juzgador lógicamente den como resultado su decisión, sino que es necesario examinar si la interpretación de la norma y la valoración de los medios de prueba son justificadas.

Finalmente cabe resaltar lo mencionado por Dworkin, quien sostiene que “el concepto de discrecionalidad solo es adecuado en un en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada”<sup>140</sup>, por lo que podemos determinar que la discrecionalidad se presentará en un medio donde exista un marco normativo que limite la actividad decisoria del juzgador.

## 2) LA MOTIVACION DE LA DECISIÓN JUDICIAL

### a) Concepto de motivación:

El concepto de motivación es muy variado, como se podrá apreciar a continuación, sin embargo lo sustancial en la motivación es la emisión de una justificación del juicio de hecho y de derecho que sirven como premisas a la decisión del juzgador en la sentencia, atendiendo a las dimensiones interna y externa de la justificación. Sin embargo creo es pertinente reproducir el concepto de motivación sostenido por Michele Taruffo<sup>141</sup> por la importancia de sus aportaciones al derecho, en especial el derecho procesal.

El jurista italiano sostiene que la motivación “es el resultado de una actividad de documentación, de tal modo que la parte de la sentencia en la que están expuestos los motivos en hecho y en derecho de la decisión constituiría un documento, cuyo intrínseco vendría revisado en la exposición de “*iter*” decisorio”. Considero que es

---

<sup>140</sup> Añón, María José, “*Notas sobre discrecionalidad y legitimación*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 15-16, parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1994, p. 904.

<sup>141</sup> Taruffo, Michele, “*La motivación...*”, p. 384.

un concepto bastante completo pues hace referencia a la documentación señalada por Pérez Luño anteriormente, lo que servirá posteriormente para en base a ellos, realizar los juicios justificativos respecto de los hechos y el derecho, los que a su vez serán la base de la decisión del juzgador.

A continuación trataré de establecer la diferencia conceptual entre motivación y fundamentación, sirviéndome de la legislación anteriormente citada así como de pronunciamientos jurisprudenciales, con lo cual podremos observar las diferentes posiciones al respecto.

#### **b) Sobre Motivación y Fundamentación:**

Sobre la diferenciación entre motivación y fundamentación, existen diversas posiciones en la práctica judicial así como en la legislación de cada país, pues como lo señala Igartua<sup>142</sup> en España por ejemplo se emplea el termino motivación para hacer referencia indistintamente al razonamiento judicial referente a la “*quaestio iuris*” y a la “*quaestio facti*”, por otro lado en México la palabra motivación se reserva al discurso que afecta a la prueba de los hechos, mientras que la fundamentación hace referencia al despliegue argumentativo de las decisiones interpretativas.

Así, García Figueroa<sup>143</sup> menciona que el término motivación puede utilizarse indistintamente para referirse a “la razón para decidir y “los motivos sobre los que se apoya la decisión”, por lo que “motivar es expresar los motivos” (sin embargo) “los motivos no son razones justificadoras”, por lo que consideró que la fundamentación coincide con la expresión de los motivos, es decir la expresa mención de la ley general aplicable al caso concreto y los hechos tomados por ciertos por el juez, mientras que las razones justificativas serian tanto la interpretación del precepto legal aplicable y el desarrollo de la valoración realizada por el juzgador sobre los hechos.

---

<sup>142</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 09.

<sup>143</sup> Salinas Solís, Gary y otro, “*La decisión judicial, la justificación externa y los casos difíciles*”, Grijley, Lima, 2009, p. 61.

Por lo que, los usos de los términos motivación y fundamentación están determinados por el medio jurídico-social en que se utilice, y debido a lo cual no sería posible establecer si una opción es correcta y las demás incorrectas, sino que debemos evaluar cuál de ellas resultaría más apropiada para cumplir adecuadamente con la justificación de las decisiones del juzgador.

Así atendiendo a lo desarrollado sobre la legislación comparada con respecto a la motivación de las resoluciones judiciales en el primer capítulo podemos diferenciar variadas posiciones en referencia al uso de los términos motivación y fundamentación: así Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay solo utilizan el término fundamentación; Venezuela, Francia, Italia y Alemania, solo el término motivación; y España, Bolivia y Perú usan indistintamente ambos términos.

Sin embargo tenemos casos especiales pues, por ejemplo Chile utiliza el término fundamentación para referirse a las consideraciones de hecho y de derecho, siendo un requisito aislado la enunciación de las leyes en las que se basa; Ecuador considera que la motivación incluye la fundamentación jurídica y su aplicación a los antecedentes de hecho, es decir la motivación incluiría la fundamentación; Colombia sólo utiliza el término motivación para referirse al examen crítico de las pruebas y los razonamiento judiciales.

México<sup>144</sup>, por su lado, tal como refiere Carlos Báez<sup>145</sup>, señala que los Tribunales de la Federación han definido el concepto de fundamentación como la expresión precisa del precepto legal aplicable al caso, sin embargo señala que “el juez del proceso no justifica sus actos con la mera cita de sus preceptos en sus resoluciones, la fundamentación debe ser completada con la motivación de la decisión, es decir, con la expresión precisa de las circunstancias especiales, razones particulares o causas

---

<sup>144</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Amparo en Revisión 220/93 del 07 de Julio de 1993: “La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de nuestra carta magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué considero que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa”

<sup>145</sup> Báez Silva, Carlos, “La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Nro. 13, México D.F., 2003, pp. 108 – 109.

inmediatas que hayan tenido en consideración para la emisión del acto” y agrega que “motivar un acto de autoridad, según los precedentes judiciales, consiste en la obligación de precisar las razones por las cuales se ordena, se concede o se niega algo, a fin de que los interesados estén en posibilidad de hacer valer sus derechos como legalmente proceda”.

Armando Andruet<sup>146</sup>, refiriéndose al caso de la provincia argentina de Córdoba señala que la legislación ha optado por el término “fundamentación” en vez de el de “motivación”, en referencia a ello, el autor argentino sostiene que la motivación está referida al análisis lógico de la resolución, en cambio la fundamentación alude además del análisis lógico correspondiente, también a los juicios que sirven de base a los juicios lógicos anteriores, es decir que la motivación estaría incluida en la fundamentación. Dicha posición también es compartida por Rodolfo Vigo al mencionar que “la fundamentación es más abarcativa, mientras que justificación se vincula específicamente a las opciones dentro del saber práctico y ético”<sup>147</sup>, adicionalmente menciona que se suma a esta posición Robert Alexy, pero que, sin embargo las utiliza indistintamente.

En el Perú, el Tribunal Constitucional<sup>148</sup> se ha pronunciado al respecto estableciendo que la motivación requiere que exista: ”a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión.”, por lo que al contrario que el caso argentino la motivación implica una fundamentación que consiste en primer lugar, la expresión de la norma adoptada y en segundo lugar la justificación de porque los hechos pueden subsumirse en la norma elegida.

---

<sup>146</sup> Andruet, Armando, “*La motivación de las resoluciones judiciales y su razonabilidad*”, A. Botero Bernal y S. Estrada Vélez (comp.), Temas de filosofía del derecho, Universidad de Medellín, Medellín, 2003, pp. 335 – 362.

<sup>147</sup> Vigo Rodolfo, Luis, “*Razonamiento justificatorio...*” p. 495.

<sup>148</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de Septiembre del 2012, Expediente Nro.00268-2012-PHC/TC

Así, podemos señalar que no solo se utiliza los términos de motivación y fundamentación de manera exclusiva y excluyente, para referirse a los requisitos de justificación de la sentencia, sino que además como hemos visto, es posible incluir la motivación en la fundamentación y viceversa, además de casos<sup>149</sup> en los que también se utilizan los términos referidos como sinónimos.

Al respecto, personalmente me inclino mayoritariamente por el modelo mexicano, pues diferencia de una manera más clara los términos de motivación y fundamentación, sin embargo, de acuerdo al precedente jurisdiccional mexicano citado, la fundamentación consistiría en la sola cita de los preceptos legales que el juzgador va a aplicar al caso concreto, mientras que la motivación estriba en la explicitación de los razonamientos jurídicos que justifican la subsunción del caso en la ley a aplicar, sin hacer mención expresa de las valoraciones realizadas a los hechos para tenerlos como probados, por lo que la consideraría, si bien mucho más adecuada que otras posiciones, insuficiente.

Debido a la variedad de posiciones disímiles e incluso contradictorias, me animo a proponer una diferenciación más de los términos fundamentación y motivación: la fundamentación estaría dada por la cita de los preceptos legales que sirven de premisa mayor de la decisión como el caso mexicano, pero además incluiría la mención de los hechos tomados como ciertos que forman la premisa menor de la decisión; mientras que la motivación estaría conformada por la interpretación que el juzgador hace de la norma a aplicar, así como las valoraciones que tuvo en cuenta para tener como probados unos determinados hechos y no probados otros.

Queda solo hacer hincapié nuevamente en la necesidad de diferenciar los términos de motivación y fundamentación, pues no es raro que los juzgadores consideren motivada su sentencia con la sola mención de los preceptos legales que va a utilizar en su decisión, ya que como señala Aarnio<sup>150</sup> “la simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional ¿por qué?. La única respuesta a aquella

---

<sup>149</sup> “Motivar es fundamentar, exponer los argumentos facticos y jurídicos que justifican la resolución”  
Bolivia: Sentencia Constitucional del 11 de Octubre del 2011, Expediente Nro.2009-20840-42-AAC

<sup>150</sup> Aarnio, Aulis, op. cit., p. 26.

cuestión es usar argumentos apropiados (razones)”.Por ello es necesario que el juzgador atienda a la justificación de sus decisiones tanto en su dimensión interna como externa, lo que daría como resultado una motivación adecuada y posibilitaría el ejercicio del derecho de defensa de las partes del proceso.

c) **Los sentidos de la motivación:**

Es reconocido en la doctrina especializada tres sentidos de la motivación<sup>151</sup>:

- i) **Sentido Débil y Descriptivo:** Para este sentido, una sentencia estará motivada si se aducen razones en su favor, sin atender a la fuente de dichas razones ni su calidad justificativa. Este sentido de la motivación no es de interés para la actividad jurisdiccional, pues su actuación está circunscrita a lo prescrito por el derecho, por lo que no podrían ser aceptadas razones que se basen en las creencias y valores personales del juzgador.

Para Rentería<sup>152</sup>, este tipo de sentido se caracteriza por “relevar la existencia factual de un documento llamado motivación, prescindiendo del todo de cualquier consideración tanto sobre su contenido, como sobre el hecho de que pueda en efecto resultar motivador”.

- ii) **Sentido Fuerte y Descriptivo:** Este sentido tiene la particularidad de que la motivación va dirigida a un auditorio o publico determinado, de manera que una motivación estará debidamente otorgada si es que las razones que defiende causan aceptación en dicho auditorio.

Podría pensarse que este tipo de motivación sería el adecuado para describir la motivación en sede judicial, sin embargo, los parámetros de aceptabilidad de la motivación no estarían establecidos por el derecho, sino por las personas que integran el público objetivo, por lo que, no interesaría si las razones que integran la motivación se amparan en el derecho o tiene otro tipo de fuente.

---

<sup>151</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 10 – 11.

<sup>152</sup> Rentería, Adrián, op. cit., p. 70.

**iii) Sentido Fuerte y Valorativo:** Este sentido entiende la actividad de motivar como el proporcionar buenas razones, sin atender a un determinado auditorio y más bien ateniéndose a criterios preestablecidos que fijen sus límites.

Este tipo de sentido es el que interesa a la actividad judicial en general y a la motivación de las sentencias en especial, pues tiene como requisito indispensable para considerar sus razones como apropiadas o buenas el respeto al principio de legalidad, siendo irrelevantes otros tipos de razones que no se funden en derecho.

**d) Sobre el Contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y su relación con las corrientes psicologista y justificativa de la motivación:**

Los conceptos de contexto de descubrimiento y contexto de justificación tiene su origen en las ciencias empíricas, sin embargo, dichos conceptos tiene gran importancia para definir correctamente en que consiste la actividad de motivar las decisiones judiciales.

- i) **El contexto de descubrimiento:** El contexto de descubrimiento consiste, como menciona Atienza<sup>153</sup>, “en descubrir o enunciar una teoría que no es susceptible de un análisis lógico, pues solamente se ocupa de mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico”. Por lo que este contexto se caracteriza por realizar solamente una mera descripción del procedimiento que ha conducido a la formulación de una solución a un determinado problema empírico.
- ii) **El contexto de justificación:** Por otro lado tenemos el contexto de justificación, el cual es el procedimiento por el que se justifica o valida una teoría, atendiendo a un análisis de tipo lógico. Está dirigido a demostrar la validez de la teoría propuesta para solucionar el problema planteado.

De lo expuesto podemos observar fácilmente que una va dirigida a explicar una teoría y la otra a justificar una teoría, términos que no deben ser confundidos entre sí, pues atienden a diferentes funciones y características.

---

<sup>153</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho. Teorías...”, p. 04.

Estos conceptos se pueden extrapolar al derecho, específicamente a la labor de motivación de las decisiones del juzgador, por lo que tendríamos dos propuestas, una que entiende la motivación como una explicación y otra que entiende la motivación como una justificación, lo cual derivará en dos corrientes que comprenden la motivación de diferente manera, teniendo así de un lado la corriente psicologista de la motivación y de otro la corriente justificativa de la motivación, del estudio de ellas se podrá concluir cuál de ellas es la más adecuada para describir el debido cumplimiento de la obligación de motivar las decisiones judiciales.

- iii) **La corriente psicologista de la motivación:** Para esta corriente la motivación de la decisión del juzgador se traduce en la exteriorización o explicitación de todos los procesos mentales llevados a cabo por el juez para llegar a su decisión.

Este tipo de concepción de la motivación tiene varias deficiencias, por una parte no podríamos saber si realmente el juez al momento de dictar la motivación de su decisión, explicita todos los procesos mentales que tuvo en consideración para llegar a su decisión, es incluso muy probable que el mismo juez no supiera si realmente ha incluido en su motivación todos y cada uno de los motivos que sirven de base a su decisión.

Por otro lado al aceptar que la motivación estará debidamente otorgada aplicando este modelo, no interesarían los tipos de razones que tenga en consideración el juzgador, ya que si bien puede considerar razones legales, nada obsta para que pueda incluir razones de índole personal atendiendo a sus creencias o valores, pues lo que interesa es solamente la exteriorización del “*iter*” mental del juez, sin atender si ellos son lógicos, racionales, razonables, coherentes, etc.

Tampoco sería posible el control de las partes del proceso, eliminando la posibilidad de impugnar su decisión, por lo que tampoco sería factible su revisión por el juez “*ad quem*”. Del mismo modo sería imposible el control y evaluación de la decisión por parte de la ciudadanía en general reconocida por nuestra Constitución Política, por lo que el juzgador no tendría ningún tipo de responsabilidad por la decisión emitida.

El único parámetro que pudiera servirnos de guía para establecer si realmente la motivación de la decisión y la decisión misma son adecuadas, sería la propia persona del juez, es decir tendríamos que confiar en la corrección de su razonamiento atendiendo a características personales como su buena reputación o su honestidad, etc.

Por lo mencionado, resulta lamentable que nuestro Tribunal Constitucional mencione que para un adecuado pronunciamiento de la motivación, “los jueces expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia”<sup>154</sup>.

- iv) **La corriente justificativa de la motivación:** Para esta corriente la explicitación del “*iter*” mental del juzgador en el documento de la sentencia pasa a un segundo plano, pues argumenta que la motivación de la decisión estará conformada por las razones que de manera expresa declare el juzgador para llegar a la decisión adoptada.

Estas razones para poder justificar de manera adecuada la decisión adoptada, deberán estar enmarcadas dentro de los márgenes normativos establecidos, por lo que el juzgador no podrá aducir razones que no tengan como referencia lo establecido por nuestro sistema jurídico, además de ello deberá atender a criterios como la logicidad, la razonabilidad, la coherencia, suficiencia, etc., que permitan controlar la corrección de la motivación.

De otro lado, al poder evaluar la motivación y la decisión, es posible alegar que la motivación es defectuosa o inexistente, de modo que cabe la posibilidad de impugnarla y solicitar la revisión de la misma al juez superior jerárquico. Del mismo modo es posible el control de la motivación por parte del público en general.

---

<sup>154</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de Enero del 2014, expediente nro. 00804-2013-PHC/TC

e) **Las funciones de la motivación:**

Establecidas ya las características básicas de la motivación, es necesario abordar el tema de las funciones de la motivación, de modo que podremos establecer cuál es el papel que tiene dicha institución, teniendo como base la diferenciación entre auditorio técnico y auditorio general propuesto por Perelman y Olbrechts-Tyteca en su Tratado de la Argumentación, lo cual nos servirán para delimitar las funciones endoprocesal y extraprocesal de la motivación.

- i) **Función endoprocesal:** Esta función ha sido reconocida tradicionalmente como intrínseca a la motivación, ya que está íntimamente ligada a la impugnación de las decisiones judiciales, puesto que esta última no tendría razón de ser sin la motivación, tal como se vio con anterioridad desde el clásico derecho romano, pasando por el régimen monárquico hasta su implantación a finales del siglo XVIII y su posterior expansión a lo largo de los siglos XIX y XX. Son actores de esta función, las partes y el juez jerárquico superior, los cuales conformarían el llamado auditorio técnico de la argumentación.

La posibilidad de impugnar una decisión es característico de la función endoprocesal de la motivación, pues mediante ella se hace posible su examen por parte del juez “*ad quem*” estableciendo si contiene vicios, errores o deficiencias.

Al respecto, nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 12° establece que los argumentos que avalen o no a la sentencia de segunda instancia, no pueden ser los mismos que los aportados en la sentencia de primera instancia, pues de hacerlo de dicho modo no se estaría cumpliendo de una manera adecuada la obligación de que toda sentencia debe contener su motivación.

Por otro lado, es necesario hacer referencia a las resoluciones que a pesar que están obligadas a incluir una motivación de la decisión, no están sujetas a impugnación, como el caso en el que el juez ordena la actuación de medios probatorios adicionales, por considerar que los ofrecidos por las partes son insuficientes (artículo 194° del Código Procesal Civil).

Sobre lo mencionado, es importante señalar la importancia que tiene aquí la motivación como actividad, aquella que es realizada dentro de la mente del juzgador antes de su expresión en la sentencia, pues esta va a servir de límite a su decisión. Como menciona Colomer: “la dimensión de actividad de la motivación condiciona y limita el proceso intelectual del juez para decidir, pues no puede adoptar una decisión injustificable sin caer en arbitrariedad”<sup>155</sup>.

Así también la función endoprocesal se manifiesta con respecto a las pretensiones de las partes, pues pese a que nuestro Tribunal Constitucional no lo considere esencial, es necesario que el juez se pronuncie no solo con respecto a las pretensiones de las partes, sino del mismo modo de cuanta alegación y petición formulada por las partes, ello en atención al principio de exhaustividad que debería regir la actuación del juzgador con respecto a la motivación de sus decisiones.

Ello es sumo importante, pues no solamente debería pronunciarse sobre los argumentos que hicieron a una parte vencedora del proceso, sino principalmente los motivos por los que lo propuesto por la parte vencida no han provocado convicción en el juez, ya que la parte vencida es la más interesada en impugnar dicha sentencia, cosa que se dificulta si el juez no se pronuncia expresamente con respecto a las falencias de los argumentos y pruebas ofrecidas por la parte vencida.

Igartua<sup>156</sup> menciona que es práctica común en los tribunales el uso del argumento “*e contrario*”, el cual mediante un examen de racionalidad, justifica tanto una posición, como su contrario, sin embargo hay casos en los que ello no es posible, por lo que no es recomendable el uso indiscriminado de dicho argumento.

- ii) **Función extraprocesal:** Nuestra Constitución Política, en su artículo 138° reconoce que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y otorga el ejercicio de la función jurisdiccional al Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Lo mencionado es el origen del reconocimiento al derecho que tiene todo ciudadano de ejercer control sobre la actuación de los magistrados, pues al ser una concesión del pueblo a los jueces el ejercicio de la actividad jurisdiccional, es

---

<sup>155</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 135.

<sup>156</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 30.

lógico que aquellos tengan la facultad de revisar la labor que estos hacen en su nombre.

Así también, esta función está íntimamente ligada por el reconocimiento de publicidad de las actuaciones judiciales y su análisis y crítica, tal como lo establece el artículo 139° inciso 20 de la Constitución Política.

A pesar de que la gran mayoría de conflictos jurídicos son casi de exclusivo interés para las partes, existen otros tipos de conflictos que por su naturaleza son de interés general. Este tipo de conflictos tiene de particular que, la decisión adoptada va a repercutir de manera general en la opinión pública, debido a su importancia social o moral o meramente por el carácter mediático concedido por los medios de comunicación.

Colomer señala que para que una motivación satisfaga al auditorio general, es decir a la población en su conjunto y cumplir con la función extraprocésal, es necesario que el juez atienda a las exigencias de la física, la lógica y el sentido común.

Este último no debe confundirse con el “sentido común” de las masas, pues no pocas veces esta va en sentido contrario a lo aportado por las pruebas y por la legislación, por lo que el juzgador debe tener siempre en cuenta que es un profesional del derecho, con conocimientos técnicos mucho más amplios que el común de las personas, además de tener una posición privilegiada de conocimiento del caso, por lo que debe considerar esto último mencionado antes que la opinión generalizada de la población.

Es claro que, por el acelerado tipo de vida característico del siglo XXI, este tipo de control en muy pocas ocasiones es ejercido, además de ello es dificultado por el uso excesivo de terminología propia del ámbito judicial, que entorpece la evaluación de cualquier persona neófita en asuntos legales. Por lo cual es recomendable y necesario limitar el uso de dicha terminología a lo únicamente necesario.

f) **Motivación como actividad y motivación como documento:**

En el anterior apartado se desarrolló la naturaleza de la motivación considerada como explicación y justificación, considerando su adecuación al ejercicio de la actividad jurisdiccional; de lo desarrollado se concluyó que la motivación considerada como justificación es la más adecuada para describir la actividad de motivar las decisiones del juzgador. En esta parte, se desarrollará la motivación como justificación en relación a su temporalidad y positivización en un documento.

- i) **La motivación como actividad:** La motivación como actividad está conformada por el conjunto de todos aquellos razonamientos llevados a cabo en la mente del juzgador sobre la justificación de una decisión antes de su expresión escrita en el documento de sentencia.

Este tipo de motivación no debe ser confundida con la corriente psicologista de la motivación, pues a pesar de que las dos se realizan dentro de la mente del juzgador, ésta tiene como objeto solamente explicar el proceso mental del juzgador, la motivación como actividad en cambio busca justificar la decisión adoptada por el juzgador antes de su publicación en la sentencia.

Como señala Colomer<sup>157</sup>, vendría a ser un “control *ex ante*, de la decisión, funcionando como un autocontrol del juzgador que no tomará una decisión que no pueda justificar, para lo cual es necesario anticipadamente que el juzgador conozca cuales son los límites de la motivación”.

- ii) **La motivación como documento:** Este tipo de motivación se da cuando el juzgador redacta la motivación en el documento de sentencia, fijando los límites que debe considerar.

El primer límite está dado por el objeto de la sentencia, por lo que no debe pronunciarse por situaciones que no son materia del conflicto, y en cambio deberá

---

<sup>157</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 46.

justificar y decidir sobre todos aquellos puntos controvertidos propios del proceso, tal como lo señala el artículo VII del Código Procesal Civil.

Pese a la reconocida importancia de la motivación en el cumplimiento de un debido proceso legal y que siendo las partes las que determinan el objeto del proceso y que es su derecho tener un pronunciamiento de todo aquello que consideren sustancial para poder defender mejor su posición, es desolador que el Tribunal Constitucional<sup>158</sup> considere que no está garantizada que todas las alegaciones formuladas por las partes sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado.

El segundo límite es el carácter cerrado de toda sentencia, así una vez redactada y pronunciada la sentencia, esta no puede ser objeto de modificaciones por el juzgador que la otorgó. Nuestro Código Procesal Civil contiene una excepción al respecto, pues señala en su artículo 407° que si no ha sido ejecutoriada es posible modificarla el contenido de la sentencia y por ende su motivación.

El tercer límite es su carácter atemporal, es decir, la motivación debe contener todos aquellos elementos que permitan al intérprete de la sentencia conocer de forma clara, completa y detallada, todos los razonamientos y valoraciones que consideró el juez, así por ejemplo si el juzgador al motivar su sentencia hace referencia a un determinado principio jurídico, no es suficiente su mención en la motivación, sino que se hace necesario su desarrollo para comprender el alcance de ese principio y su incidencia en la decisión del juzgador<sup>159</sup>.

#### **g) Las dimensiones justificativas de la motivación:**

Como menciona Vega Reñon<sup>160</sup>, “la justificación tiene su origen en el llamado razonamiento práctico, el cual es dirigido a dar cuenta y razón, bien de una resolución a tomar, bien de una resolución ya tomada, por parte de uno o más agentes involucrados”, por ello, en la presente sección se desarrollará las dos dimensiones de

<sup>158</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de Mayo del 2009, expediente Nro. 00176-2009-PHC/TC

<sup>159</sup> Colomer, obra citada, pag 58

<sup>160</sup> Vega Reñon, Luis, “Razonamiento práctico”, Luis Vega Reñon y otra (ed.), Compendio de lógica, argumentación y retórica, Trotta, Madrid, p. 464.

la justificación de la motivación, que a pesar de ser tratadas independientemente, solamente con el cumplimiento en conjunto de los requisitos propios de estas dos dimensiones se cumplirá de forma adecuada la obligación de motivar las decisiones judiciales, así como los casos en los que la justificación otorgada por el juez no constituye una adecuada motivación de la decisión.

- i) **La dimensión justificativa interna:** como señala Igartua<sup>161</sup>: “La justificación interna de un juicio exige que este haya sido correctamente inferido de las premisas que lo sustentan; únicamente importa, por tanto, la corrección de la inferencia sin plantear ninguna interrogante sobre si las premisas son o no correctas”. También se pronunció Wroblewski<sup>162</sup> al señalar que: “una decisión estará internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas”.

Por lo que este tipo de justificación tiene como finalidad establecer mediante un juicio de logicidad si las premisas utilizadas por el juzgador tienen como consecuencia lógica la decisión adoptada. Esta dimensión lógica de la motivación se identifica con el método silogista del razonamiento judicial que gozó de gran popularidad en el siglo XIX, pues “se considera a la lógica como condición necesaria para la validez de la sentencia y es a esta justificación a la que se refieren con exclusividad las tesis del positivismo extremo”<sup>163</sup>.

Así, el control de logicidad tiene como objetivo demostrar que un resultado, o en este caso una decisión es consecuencia de una premisa mayor (la norma) y una premisa menor (los hechos).

Correctamente ha descrito Taruffo la estructura de la decisión del siguiente modo: “ $H \iff N$   $C1 \implies C2$ ”, en la que “1) los enunciados inherentes a los hechos de la causa (H) implican la aplicabilidad de determinadas normas (N); 2) al contrario las normas individuadas como aplicables (N) implica la existencia de determinados hechos (H). En la medida en la que subsistan ambos nexos de implicación, se realiza la coincidencia semántica entre situación abstracta y situación de hecho concreta.

<sup>161</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 24 – 25.

<sup>162</sup> Wroblewski, Jerzy, op. cit., p. 52.

<sup>163</sup> García Amado, Juan Antonio y otro, “*Ensayos sobre teoría del derecho*”, Vol. II, ediciones Suarez, Mar del Plata, 2002, p. 136.

Ella a su vez implica la calificación (C1) de los hechos verificados de acuerdo con las normas declaradas aplicables 4) la calificación jurídica de la situación de hecho concreta implica los efectos definidos por la norma calificadora y, por lo tanto implica la conclusión (C2) consistente en la declaración de esos efectos por lo que hace a la relación deducida en el litigio<sup>164</sup>. Como se puede apreciar la motivación interna está representada por la estructura lógica que permite al juez al tener en consideración unas determinadas normas y unos determinados hechos que, relacionados entre sí, da como resultado la decisión del juzgador.

Sin embargo pese a la reconocida necesidad de recurrir a la lógica como un seguro de la corrección de la inferencia deductiva realizada por el juzgador para tomar su decisión, mediante la subsunción de un hecho concreto a un supuesto de derecho, ello no es suficiente ni lo más importante, lo que realmente importará en primer lugar es determinar la corrección de las propias premisas en las que se basa la decisión de juzgador, solo de ese modo, se garantizará que las razones que forman el juicio del juzgador sean buenas razones, pues como señala Igartua<sup>165</sup> las discrepancias generalmente se dan porque las partes consideran que se debe aplicar una u otra norma al caso concreto, o existiendo acuerdo en la norma a aplicar las discrepancias están dadas por la interpretación que se le da a dicho dispositivo, así también con respecto a los hechos, las partes muchas veces no están de acuerdo sobre si un determinado hecho constituye prueba suficiente, y por ultimo también pueden y se dan discrepancias con respecto a la decisión, pues las partes estando de acuerdo con la interpretación de la ley y los hechos probados, pueden discordar de los efectos que dichas remisas tengan en la decisión final del juzgador, por ello a pesar de que una decisión judicial este revestida de un soporte lógico, ello se debe complementar con otros requisitos que como resultado den una adecuada motivación y decisión.

- ii) **La dimensión justificativa externa:** Debido a que la sola logicidad del razonamiento judicial no basta para tener por motivada adecuadamente una decisión, es necesario muy especialmente prestar atención a la justificación externa, la cual a su vez va a servir de justificación a la motivación interna, es decir va a

---

<sup>164</sup> Taruffo, Michele, "La motivación...", pp. 240 – 242.

<sup>165</sup> Igartua, Salaverría, Juan, op. cit., p. 25.

tener como objetivo demostrar que las premisas establecidas en la justificación interna son correctas, así constituirán las premisas sobre las que se van a identificar las premisas mayor y menor de la justificación interna.

Wroblewski establece que “una decisión esta externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los entandares utilizados por quien hace la calificación”<sup>166</sup>, por lo que para tener como buenas dichas premisas, debe cumplir una serie de requisitos que atienden de un lado al alcance y extensión de la motivación y por otro una serie de requisitos que atañen a la esencia misma de las premisas para ser calificadas como buenas.

Es necesario destacar que la motivación interna y la motivación externa tienen singularidades propias de ellas, tal como lo menciona Atienza<sup>167</sup>, “la justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”, sin embargo son complementarias ya que una adecuada motivación debe tener en cuenta tanto los requisitos de una como de otra.

Lo mencionado claramente se expone sobre todo en los llamados casos difíciles o “*hard cases*” pues “ninguna de las cadenas del silogismo da por sí misma soporte suficiente al resultado final, aunque ellas son necesarias por lo que se refiere a su fuerza justificatoria. El factor decisivo es la totalidad de los argumentos”<sup>168</sup>.

Así, los elementos de la dimensión justificativa externa de la motivación son la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*”, los cuales serán desarrollados a continuación.

### **(1) La “*Quaestio Iuris*”:**

#### **(a) La interpretación jurídica:**

- (i) El contexto de uso de los argumentos:** El uso de argumentos es inherente a la labor del juez, es decir al razonamiento jurídico, y por lo tanto a la justificación de la “*quaestio iuris*”, sin embargo, el uso de argumentos no es

---

<sup>166</sup> Wroblewski, Jerzy, op. cit., p. 52.

<sup>167</sup> Atienza, Manuel, “*Las razones del derecho. Teorías...*” p. 26.

<sup>168</sup> Aarnio, Aulis, “*La tesis...*” p. 30.

aplicable a todo tipo de razonamiento, por lo que no en todos los casos es posible hablar de argumentación, por ejemplo, en el razonamiento matemático no podríamos hablar de argumentación, pues pertenece al grupo de las ciencias exactas, por lo que no se podría “argumentar” que es más adecuado a la solución de un problema matemático (por ejemplo  $1 \times 2$ ) una solución u otra. Tampoco es posible utilizar el término argumentación en el razonamiento empírico como el llevado a cabo por la ciencia de la física (por ejemplo la ley de la gravedad), ya que al pertenecer también al mismo campo que el de las matemáticas, su corrección no es opinable.

Así lo señala el jurista italiano Emilio Betti<sup>169</sup>, quien expresó que “es impropio calificar de interpretación, ya la diagnosis de un fenómeno físico, por ejemplo la inducción de un síntoma a una causa determinada, ya en general la explicación de un fenómeno natural, que se relaciona con las categorías de la causalidad o de la relación funcional o de la uniformidad estructural”.

Los argumentos que defienden una determinada posición, dependiendo de su fuerza, van a ser más o menos adecuados para justificarla, pero en ningún caso, verdaderos o falsos, es decir el contexto donde va a ser posible utilizar argumentos debe ser opinable. Dentro de este contexto, se encuentran ciencias como el derecho y la moral, donde una determinada posición va a tener mayor o menor fuerza dependiendo de la calidad argumentativa que expongan. Al respecto Tarello<sup>170</sup> señala que “la interpretación de los enunciados prescriptivos (...) en cuanto segmento del lenguaje prescriptivo, no son (no pueden ser) ni verdaderos ni falsos”.

Por lo que tampoco se puede señalar que habrá una interpretación “verdadera” de la ley y una interpretación “falsa”, al respecto podemos citar lo mencionado por Kelsen sobre la única solución justa: “si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad

---

<sup>169</sup> Betti, Emilio, *“Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”*, (trad. de José Luis de los Mozos), editorial Revista de Derecho Privado, 2 ° edición, Madrid, 1975, p. 70.

<sup>170</sup> Tarello, Giovanni, *“El “problema” de la interpretación: una formulación ambigua”*, (trad. Mar Fernández Pérez), Susanna Pozzolo y otro (ed.), Disposición vs norma, Palestra, Lima, 2011, p. 120.

no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma, y por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce pues necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa”<sup>171</sup>.

Lo mencionado hasta acá, tiene mucha relación con la labor interpretativa del juzgador sobre los dispositivos legales del ordenamiento jurídico, pues el significado que de ellas se tenga, muchas veces es opinable en relación a un determinado caso concreto, por lo que tendrá mayor o menor fuerza una determinada interpretación de la ley, dependiendo de los argumentos que la defienda.

(ii) **Las dimensiones de los argumentos en la interpretación:** La interpretación jurídica, está compuesta por argumentos, los cuales poseen varias dimensiones como señala Igartua<sup>172</sup>, poniendo de relieve sus aspectos constitutivos, distinguiéndose 3 dimensiones: su dimensión formal, material y dialéctica.

**1. La dimensión formal:** Ella pone énfasis en el carácter eslabonado que tiene el razonamiento judicial, ya que, los argumentos que son la justificación de la decisión, tienen que guardar coherencia unas con otras, de manera que sirvan de premisa a la decisión adoptada por el juzgador y que esta por consiguiente pueda inferirse de los argumentos que le sirven de sustento.

**2. La dimensión material:** Guarda relación con el “sentido” que se tenga de motivación, pues como se vio, la motivación puede tener un sentido débil y descriptivo, atendiendo a solo dar razones de una decisión sin importar su fuerza; un sentido fuerte y descriptivo, en los que los argumentos tiene como finalidad crear convicción en un determinado auditorio; y fuerte y valorativo, en la que se considera a la motivación como un conjunto de argumentos con fuerza propia sin interesarse por el tipo de auditorio que examine o evalúe sus argumentos.

---

<sup>171</sup> Kelsen, Hans, *“Teoría Pura del Derecho”*, (trad. Moisés Nilve), Eudeba, 9° reimpresión de la 4° edición, Buenos Aires, 2009, p. 131.

<sup>172</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 46 – 48.

A este último sentido de la motivación es a la que hace referencia la dimensión material de la interpretación, pues de lo que se trata es que los argumentos que sirven de justificación a la decisión del juzgador no sean débiles y no puedan ser contradichos con facilidad por cualquier persona que haga un examen de ellos.

**3. La dimensión dialéctica:** Tiene como base la dimensión material antes expuesta, pero pone énfasis en el examen de los argumentos defendidos, ya que mediante la actividad dialéctica, es decir mediante la confrontación de posiciones, es que realmente se apreciará la fuerza de los argumentos sostenidos por el juzgador, en cuyo caso serán reforzadas, o al evidenciar su debilidad, dejarán de ser buenas razones para justificar una decisión.

(iii) **El límite del uso de argumentos en la interpretación jurídica:** Al ser los argumentos los juicios que darán fuerza a una determinada interpretación de las leyes en un caso concreto y justificarán la decisión adoptada por el juzgador, ellas deberán usarse dentro de ciertos límites para impedir que sean declarados inválidos.

Ese límite, es el respeto al marco institucional propio de las decisiones judiciales, para lo cual dichos argumentos deberán basarse en las leyes del sistema jurídico, lo que revestirá a dichos argumentos con una capa de racionalidad, primer requisito para una adecuada motivación de una sentencia.

Sin embargo, el solo recurso a la ley no basta para darle fuerza argumentativa a una determinada interpretación, por lo que el juzgador a fin de reforzar sus argumentos deberá tomar en cuenta las demás fuentes del derecho autorizadas por la ley, entre las que destacan los precedentes judiciales y la doctrina autorizada, sin embargo para su uso adecuado es necesario que el juzgador establezca si son aplicables al caso concreto que tiene frente a si, pues de nada valdría hacer uso de dichos recursos si no pueden aplicarse adecuadamente a un caso concreto.

(iv) **Concepciones clásicas de la interpretación:** Clásicamente se han diferenciados dos posiciones radicales en cuanto a las circunstancias en las que es necesario interpretar una ley: la posición tradicional de la interpretación y la posición heterodoxa de la interpretación.

**1. La posición tradicional de la interpretación:** Ella está basada en una concepción cognoscitiva-declarativa, basándose en el principio de que las palabras tiene un significado propio. Defiende la posición de que solo tendrá oportunidad el juzgador de interpretar la ley, cuando ella lingüísticamente no es suficientemente clara. Así es mencionado por Tarello<sup>173</sup>, quien señala que “en sentido tradicional se entiende por “interpretación” un proceso intelectual por el cual, dada una ley o una “norma” de la cual se desconoce o postula su validez, se llega a “comprender” su significado”, de modo que como señala Calvo García<sup>174</sup> “el experto o intérprete autorizado administra las posibles imprecisiones del texto legal mediante recursos hermenéuticos y argumentos que se apoyan en la presuposición de que el significado de la ley es siempre racional y perfecto. La unidad del derecho que presupone la semántica de la voluntad determina la racionalidad del contenido profundo de la ley. Las posibles contradicciones serían solo aparentes y no reales”.

Esta concepción, de por sí, no sería defendible el día de hoy, al menos en su totalidad, ya que debido a que sostiene la postura de que las palabras tiene un significado propio, solo sería aplicable al caso en que se haga referencia a determinados términos que pertenecen a un campo específico como el derecho; así pues, el derecho tiene entre su terminología diversos vocablos con un significado propio que no son de uso común por el resto de la sociedad y que son propias de la práctica jurídica.

**2. La posición heterodoxa de la interpretación:** Se apoya en una concepción decisoria-constitutiva, que defiende que siempre es posible interpretar la ley,

---

<sup>173</sup> Tarello, Giovanni, op. cit., p. 112.

<sup>174</sup> Calvo García, Manuel, “*La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 3, Universidad de Alicante, Alicante, 1986, p. 114.

independientemente de que sea lingüísticamente clara, amparándose en que para establecer el significado de un término es necesario recurrir a factores de tipo lingüístico y no lingüístico.

Esta concepción de la interpretación, se identifica con la “tesis de la inevitabilidad de la interpretación” de Pablo Navarro, según la cual “las normas no se aplican por sí mismas, sino que siempre es necesario una decisión interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma”, ya que a pesar de reconocerse que las normas generales son indispensables para la existencia del derecho, “su importancia real se limitaría a suministrar la “materia prima” con la que trabaja en interprete”<sup>175</sup>.

Así como la posición tradicional, también tiene parte de razón, al mencionar que los términos no tienen un significado propio, pues a la par de los términos estrictamente jurídicos que son de uso específico en su campo, utiliza también términos que son empleados por el común de la sociedad, y que pueden tener diferentes significados dependiendo además del contexto socio-cultural donde se aplique.

Piénsese por ejemplo en el término “familia” y el caso de un contrato de arrendamiento en el cual, el arrendador establece en el contrato que su predio será de uso exclusivo como vivienda para los miembros de familia del arrendatario. Dependiendo del entorno socio-cultural donde se aplique dicho término, puede significar que entre los miembros de la familia del arrendatario se encuentran incluidos su esposa e hijos, mientras que en otros casos incluye además a sus padres, primos, tíos, sobrinos, etc. En dichos casos es labor del juzgador interpretar la ley y establecer su significado y alcance, pues como señala Igartua<sup>176</sup> “los artículos de la ley no son en sí claros o dudosos sino en relación con algo o con alguien”.

---

<sup>175</sup> Navarro, Pablo, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 22, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., Abril, 2005, p. 100.

<sup>176</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 39.

A pesar de las diferencias expuestas, ambas posiciones están de acuerdo en que la interpretación se lleva a cabo sobre construcciones lingüísticas (interpretación “*sensu largo*”), diferenciándolo así de la interpretación que se hace de cualquier otro tipo de objeto o fenómeno cultural que no esté formado por símbolos lingüísticos (interpretación “*sensu largissimo*”)<sup>177</sup>.

Además de ello, debido a que estas dos concepciones se centran en la construcción lingüística de la ley se evidencia que “la concepción tradicional conlleva una forma de literalismo lingüístico (no necesariamente radical), mientras que la concepción heterodoxa conlleva una forma de literalismo lingüístico moderado (aunque no necesariamente una forma de antiliteralismo)”<sup>178</sup>.

(v) **El sujeto de la interpretación jurídica:** Con respecto a los intérpretes, es decir los sujetos que llevan a cabo la interpretación, en este caso de un texto legal, se puede diferenciar la interpretación doctrinaria y la interpretación judicial.

1. **La interpretación doctrinaria:** Este tipo de interpretación se caracteriza por realizarse en abstracto, es decir no toma en consideración un caso concreto en específico para interpretar el dispositivo legal, tratando de abarcar su interpretación a la mayor cantidad de posibles aplicaciones que pueda tener dicha ley.

Además de ello su interpretación no está limitada por algún ente superior o institución, por lo que de hecho tiene más libertades, además de ello puede hacer uso de los más diversos recursos, sin necesidad de ajustarse exclusivamente a la ley, así puede servirse de estudios morales, sociológicos económicos, etc. Por otro lado, ella no es de obligatoria observancia, sin embargo es común por la autoridad que como especialistas en el derecho sustentan, sean citados para reforzar una posición.

---

<sup>177</sup> Lifante Vidal, Isabel, “*Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica*”, Isabel Lifante Vidal (ed.) Interpretación jurídica y teoría del derecho, Palestra, Lima, 2010, p. 38.

<sup>178</sup> Mazzaresse, Tecla, “*Interpretación literal, juristas y lingüistas frente a frente*”, (trad. Jordi Ferrer Beltrán) en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 23, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 620 – 621.

**2. La interpretación judicial:** Caso contrario es la interpretación llevada a cabo por el juez, pues ella es realizada tomando en consideración un caso concreto que necesita una solución, tomando como referencia los hechos sostenidos por las partes, sin embargo los jueces también pueden hacer interpretaciones en abstracto, pero en este caso no actuarán como juzgadores, sino como juristas.

Por otro lado su interpretación no es libre, sino institucionalizada, es decir que dicha interpretación la realiza como sujeto perteneciente al sistema jurisdiccional, por lo que su interpretación está revestido de autoridad. Así también en primer término debe plegarse a lo establecido en la ley, no pudiendo servirse de creencias ni apreciaciones netamente personales. Ésta pues, la interpretación del juzgador, está inserta en la llamada interpretación operativa pues ella “tiene lugar cuando aparece duda concerniente al significado de una norma jurídica que ha de ser aplicada en un caso concreto de toma de decisión por una instancia aplicadora del derecho”<sup>179</sup>.

(vi) **El objeto de la interpretación jurídica:** Como señala Cueto Rúa<sup>180</sup>, los métodos de interpretación tienen en consideración el objeto a interpretar, ello se puede verificar por el hecho de que a través de la historia existe una variedad de posiciones con respecto al objeto del derecho; así “para el jusnaturalismo, el derecho es justicia, un valor; para el racionalismo dogmático, el derecho es norma, un objeto racional; para el realismo, el derecho es comportamiento humano, un objeto cultural” y de acuerdo a ellos, los métodos serán “intuitivos, racionales o empíricos respectivamente”.

Debido a lo mencionado, y que nosotros consideramos al derecho básicamente como una norma racional, es necesario aquí hacer referencia a la diferenciación adicional que en doctrina se hace entre disposición y norma, a fin de establecer sobre qué el juzgador realiza su labor interpretativa.

---

<sup>179</sup> Wroblewski, Jerzy, op. cit., p. 136.

<sup>180</sup> Cueto Rúa, Julio C., “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21, parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, pp. 111 – 112.

Así Tullio Ascarelli<sup>181</sup> afirma que “objeto de interpretación no es una norma, sino un texto (o comportamiento). Es basándose en la interpretación del texto (o del comportamiento) y, por tanto, basándose en un dato que puede considerarse “pasado” o “histórico”, como se formula la “norma” (esta sí, “presente”) e incluso proyectada hacia el “futuro”. Ésta una vez expresada, vuelve necesariamente a ser “texto””. Inclusive menciona que “hay también interpretación-como se suele decir invirtiendo un antiguo dicho- “*in claris*”: también la más pedestre de las interpretaciones literales tiene que superar las inevitables equivocidades del texto para formular la norma aplicable al caso”.

Esta posición sostenida por el jurista italiano es básica para entender el papel de la interpretación, pues como acertadamente señala Ascarelli, el texto, en el caso de la labor judicial, no tiene en sí mismo un significado, sino que el juzgador debe realizar una actividad interpretativa sobre ella para establecer su significado, lo que dará como resultado la norma a aplicar al caso concreto, estableciendo su sentido y alcance, y después de ello la ley vuelve a ser texto objeto de interpretación, la cual puede diferir dependiendo de circunstancias personales, espaciales y temporales, negando la vigencia del aforismo jurídico “*in claris non interpretatio*”, ya que como bien señalo Iturralde<sup>182</sup> “se habla de interpretación jurídica para designar la atribución de significado a los enunciados jurídicos, partiendo de que no pueden establecerse una distinción tajante entre enunciados claro y oscuros, y que la claridad (u oscuridad) de un enunciado jurídico es siempre relativo al momento, lugar y sujeto que realiza la interpretación, así como a los casos individuales a los que aplica”.

La postura señalada es además compartida por juristas de la talla de Riccardo Guastini<sup>183</sup> quien menciona que “la disposición es (parte de) un texto aun *por interpretar*, la norma es parte de un texto *interpretado*”, así como Giovanni

---

<sup>181</sup> Ascarelli, Tullio, “*Teoría constitucional y teoría de la interpretación*”, (trad. Alberto Puppo), Disposición vs norma, op. cit., pp. 21 – 23.

<sup>182</sup> Iturralde Victoria, “*Interpretación jurídica*”, Compendio de lógica, argumentación y retórica, op. cit., p. 316.

<sup>183</sup> Guastini, Riccardo, “*Disposición vs norma*”, Disposición vs norma, op. cit., p. 136.

Tarello<sup>184</sup>: “la norma no “tiene” un significado por la sencilla razón de que “es” (no otra cosa que) un significado”. La norma “es” el significado de un segmento del lenguaje en función prescriptiva, enunciado por un documento lingüístico y promulgado observando ciertas formas”.

**(vii) La interpretación como actividad o resultado:** Ya establecido que la ley es un “enunciado a interpretar” se diferencia en doctrina entre la interpretación como actividad, es decir, la labor del juzgador de establecer el significado de una disposición legal, lo que dará como resultado un “enunciado interpretativo” y la interpretación como resultado, la que consiste en el producto de la actividad interpretativa llevada a cabo por el juez anteriormente, cuyo efecto será el otorgamiento de un “enunciado interpretativo”.

Lifante Vidal<sup>185</sup>, citando a Letizia Gianformaggio, señala que la autora italiana hace una subclasificación a la interpretación como actividad, diferenciando entre interpretación “noética” e interpretación “dianoética”, la primera consiste en la captación del sentido del texto normativo mediante una actividad intelectual, similar a la interpretación “*sensu largo*”, en la cual se interpretan signos lingüísticos sin interesarse en si existen dudas o dificultades en el texto a interpretar; mientras que la segunda se realiza sobre un texto en el cual, su significado no es del todo claro y existen dudas al respecto.

Esta diferenciación entre interpretación noética y dianoética es significativa, pues vendría a solucionar las disputas sostenidas entre los que sostienen el aforismo jurídico “*in claris non interpretatio*” y aquellos que la rechazan, pues en todo caso siempre habrá una interpretación noética, es decir la labor de establecer el significado de una ley, pero no siempre habrá una interpretación dianoética, es decir no siempre habrán dudas al establecer el significado de texto normativo.

---

<sup>184</sup> Tarello Giovanni, op. cit., p. 188.

<sup>185</sup> Lifante Vidal, Isabel, op. cit., pp. 40 – 41.

Esta interpretación dianoética guarda similitud con otra señalada por Jerzy Wroblewski; la interpretación “*in sensu stricto*” entendida como “la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación”<sup>186</sup>.

En todo caso, para la motivación de la sentencia, importaría tanto la interpretación actividad como la interpretación como producto, pues ésta última será la premisa jurídica en el control de logicidad de la justificación de la decisión, mientras que aquella serán los juicios interpretativos sobre los que se apoye y a su vez justifique la decisión de la interpretación producto.

**(viii) Definiciones de interpretación jurídica:** Son muchas y variadas las posiciones a la pregunta de ¿Qué es la interpretación jurídica?, por lo que “sería prácticamente imposible – y muy probable también inútil – ofrecer una caracterización unitaria de la interpretación jurídica”<sup>187</sup>.

Sin embargo ello, es muy interesante examinar algunas de las posturas al respecto, ya que nos servirá para ejemplificar lo anteriormente señalado y establecer que concepción de interpretación jurídica es la que mejor se ajusta a nuestro medio. Para ello me serviré de la opinión de tres autores que por su relevancia y autoridad en el tema es necesario citarlos.

Para Hans Kelsen<sup>188</sup>, interpretación es “una actividad intelectual que acompaña al proceso de creación de derecho, a medida que pasa de un nivel superior de la estructura jerárquica a un nivel inferior, gobernado por este nivel superior”.

Como se puede apreciar, en Kelsen se pueden diferenciar tres aspectos: por un lado menciona que es una actividad intelectual, por lo que es necesario el uso de la razón y tener conocimientos en materia jurídica para llevarla a cabo apropiadamente, por otro lado, menciona que es un proceso de creación de derecho, por lo que reconoce que el juzgador al interpretar un dispositivo legal

---

<sup>186</sup> *Ibíd*em, p. 39.

<sup>187</sup> *Ibíd*em, p. 37.

<sup>188</sup> Bulygin, Eugenio, “*El conocimiento y la interpretación del derecho*”, Raúl Bonorino (ed.), *El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, Ara editores, Lima, 2010, pp. 22 – 23.

completa el trabajo previo del legislador de creación jurídica, teniendo como base de esa interpretación, un caso concreto, y finalmente reconoce además la dimensión sistémica de la ley, es decir admite que ésta no se encuentra aislada de las demás leyes, sino que forma parte de una jerarquía normativa a la que se somete.

Por su parte, Emilio Betti<sup>189</sup>, señala que “la interpretación que interesa al derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuentes de valoraciones jurídicas o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones”. Y añade: “la interpretación jurídica así entendida no es más que una especie del genero denominado “interpretación en función normativa””.

El jurista italiano al referirse a “fuente de valoración jurídica” se refiere a las normas jurídicas en sí, las cuales van a ser materia de interpretación, y al referirse a “objeto de valoración jurídica” hace referencia a comportamientos que tienen relevancia para el derecho, por lo que podemos señalar que para Betti la interpretación tiene dos requisitos: una disposición legal y un hecho con relevancia jurídica, los cuales van a servir para llevar a cabo una interpretación jurídica.

Además de ello es destacable en su definición, la mención de que la interpretación está dirigida a “reconocer y reconstruir” el significado de la ley, por lo que minimiza la labor creativa del juzgador, pues la ley tiene un significado implícito y es tarea del juez revelar ese significado, adhiriéndose así a la teoría clásica de la interpretación.

Finalmente haré referencia a la definición de Ronald Dworkin de interpretación, llamada esta “interpretación constructiva”. Para llevarla a cabo el juez en primer lugar tiene que identificar una práctica social, la cual por naturaleza es dinámica, en segundo lugar debe determinar el sentido de dicha práctica social, por lo que es labor del intérprete establecer su sentido,

---

<sup>189</sup> Betti, Emilio, op. cit., p. 95.

modificándolas de ser necesario, al hacer esto, el intérprete le adjudica un determinado valor a la práctica social, la cual está determinada por los objetivos e intereses que demande dicha práctica que hayan sido reconocidos por el intérprete.

Este tipo de interpretación puede generar una gran variedad de interpretaciones de la práctica social, en cuyo caso el juzgador deberá elegir cuál de ellas maximiza el valor de la práctica social. Para llevar a cabo esta operación el juzgador pasa por tres etapas<sup>190</sup>: 1) “*preinterpretative stage*”: en la que se identifica la práctica social y sus reglas provisorias, 2) “*general justification*”: ya identificada la práctica social y sus normas, el intérprete establece el sentido de dicha práctica, 3) encaje o “*fit*”: en esta etapa se ajusta el sentido interpretado de la práctica social con las reglas provisorias de la primera fase, y 4) “*reforming stage*”: en ella se decide como se ha de aplicar la norma, lo que podría generar nuevas normas aplicables a dicha práctica social.

En vista a lo expuesto, la interpretación en Dworkin se caracteriza por ser una práctica dinámica, creativa, excesivamente valorativa y no necesariamente vinculada a las normas que regulan una determinada práctica social, lo cual significaría una labor titánica para el juzgador, propio del modelo de juez Hércules diseñado por el autor en mención.

- (ix) **Las dimensiones de la interpretación jurídica:** A pesar de cómo se señaló, son muchas las concepciones de la actividad interpretativa del juzgador, sin embargo, es necesario poner de relieve aquellos aspectos de ella que son constitutivos de la institución jurídica de la interpretación, tomando en consideración la pertenencia de nuestro sistema jurídico a la tradición jurídica romano-germánica.

---

<sup>190</sup> Zambrano, Pilar, “*La inevitable creatividad en la interpretación jurídica, una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2009, pp. 39 – 40.

- 1. La dimensión lingüística:** Esta dimensión pone énfasis en que el lenguaje jurídico no está aislado del lenguaje en general, por lo que el significado de sus enunciados comparte las mismas deficiencias del lenguaje ordinario, por lo que, tal como ocurre en ésta, el lenguaje jurídico va a presentar imperfecciones en sus textos, tales como la presencia de vaguedades y ambigüedades semánticas y sintácticas.
- 2. La dimensión sistemática:** Ella hace hincapié en el carácter de sistema que tienen los dispositivos legales, pues las leyes no son solamente un grupo de textos revestidos con autoridad sin ninguna relación entre sí, sino que tienden a formar parte de una estructura, por lo que a pesar de que una norma lingüísticamente tenga una elaboración óptima, una ley puede entrar en conflicto con otra que forma parte de la misma estructura, por lo que será necesario interpretar una ley tomando en cuenta que no está aislada de las demás.

Ello pone de relieve la existencia de contradicciones normativas en un mismo sistema jurídico, y puede ocurrir que al interpretar una ley en un principio y determinando el juzgador su significado, alcance y contenido, ello pueda ponerse en duda al encontrarse con otra ley inadvertida al principio.

- 3. La dimensión funcional:** Como cualquier texto, éste al momento de su publicación, es independiente del autor, lo similar ocurre con las leyes, pues al emitirse por el legislador aquellas pasan a ser independientes, es decir tiene vida propia. Además de ello debido a la incapacidad del legislador de prever en los dispositivos legales todas las posibles aplicaciones que ella pueda tener a futuro, así como los valores cambiantes en el tiempo de una determinada sociedad que puedan hacer que una ley tenga un cierto significado en un momento determinado y después otro, es necesaria su interpretación.

El papel del juzgador en relación a esta dimensión es significativo, pues él es el encargado de adecuar las leyes mediante su interpretación, aplicándolas a los hechos de un caso concreto, teniendo en cuenta el contexto socio-cultural donde se aplica; sin embargo hay que resaltar que a pesar de que podría

parecer que el juzgador, debido a las dificultades e indeterminaciones señaladas tiene la facultad de interpretar la ley a su conveniencia, lo cual no es verdadero, ya que tiene que ser respetuoso de la literalidad de la ley y los derechos fundamentales, sin forzar hasta límites insostenibles su interpretación. De modo que ello no suponga como resultado una sentencia arbitraria.

Lo fundamental en la dimensión funcional de la interpretación no es su significado, sino la aplicación de ella al caso concreto por el juzgador, ya que puede darse el caso que su aplicación dé como resultado una decisión injusta, por lo que cabe preguntarnos hasta qué punto el juzgador debe atender a la dimensión funcional de la interpretación. Al respecto es valioso el aporte de Laporta<sup>191</sup> al señalar que “el ideal regulativo del imperio de la ley fuerza a los procesos de interpretación y aplicación del derecho a ser formalistas, puesto que la idea de que sean las reglas las que gobiernen las decisiones tiene que suponer una teoría del significado del lenguaje jurídico que mantenga un razonable grado de objetividad y ello le acerca al literalismo”.

**(x) Clases de interpretación jurídica:** Además de las diferentes definiciones de interpretación que coexisten, las clases o métodos de interpretación también son numerosas, e incluso como señala Kelsen<sup>192</sup> “desde el punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco jurídico aplicable” pues “no existe ningún método (...) según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como “el correcto””, ello debido a su filiación a una determinada postura iusfilosófica, así como el objetivo que persiguen, sin embargo es necesario referirnos a ellas, ya que son el auxilio que va a tener el juzgador para establecer el significado de una determinada ley, incluso en muchas ocasiones siendo necesario aplicar más

---

<sup>191</sup> Laporta, Francisco, “*Interpretación de la ley*”, Interpretación jurídica y teoría del derecho, op. cit., p. 215.

<sup>192</sup> Kelsen Hans, “*Teoría pura del derecho*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., op. cit., p. 352.

de un solo método de interpretación para establecerlo, por lo que haré referencia a aquellas que la doctrina jurídica mayormente hacen mención.

**1. Interpretación literal o gramatical:** A pesar de que no existe en sí una jerarquía de métodos interpretativos<sup>193</sup>, este método es el primero al que debe recurrir el juzgador, teniendo en consideración las construcciones lingüísticas de la ley, de modo que pueda establecer el sentido del texto legal, con el máximo de adhesión a la construcción lingüística de ésta. Para este método, (en su sentido más radical) el juez solo necesita tener a la vista el dispositivo legal de la norma sin tener en cuenta otro tipo de influencia para interpretar la ley. Ello era así pues como señala Domat “la ley debe ser escrita, a fin de que la escritura fije su sentido y determine al espíritu a la justa idea de lo que está mandando, y para que no sea a cada uno formarla según su interpretación que él mismo pueda dar”<sup>194</sup>.

Este tipo de interpretación se opone como señala Vito Velluzi<sup>195</sup> a la llamada “interpretación correctiva” la cual “es aquella interpretación que corrige, que modifica el significado más inmediato de la disposición normativa”, dentro de las cuales se pueden citar a la interpretación sistemática y a la interpretación teleológica.

Recurrir al método literal se hace necesario al presentarse ambigüedades y vaguedades en el dispositivo legal a interpretar, ya que por un lado será necesario decidir entre dos o más significados en competencia en el caso de ambigüedad y por el otro, una decisión con respecto al alcance del significado de la ley en caso de vaguedad.

---

<sup>193</sup> Cueto Rúa, Julio C., op. cit., p. 112.

<sup>194</sup> Calvo García, Manuel, op. cit., p. 123.

<sup>195</sup> Velluzi, Vito, “*Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación*”, (trad. Amalia Amaya), en *Doxa*, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21, parte I, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 70.

Con respecto a la presencia de vaguedad en el enunciado normativo, Guastini<sup>196</sup> propone un ejemplo en el que ella se pone de relieve en un término tan común en el derecho como el de “compraventa”: el jurista señala que, suponiendo que el precio medio de compraventa de una mercancía “x” sea de 100, si se presentara el caso de compraventa de dicha mercancía por el precio “1” ella ya no sería una compraventa, sino una donación simulada de dicha mercancía; a la inversa puede ocurrir que el intercambio de dicha mercancía se haga por un valor de “1000”, en cuyo caso también habría una donación pero dineraria; por lo que a pesar de que los montos en el ejemplo citado son extremos debido a la textura abierta de la ley es tarea del juzgador determinar cuándo se encuentra ante uno u otro caso.

Por otro lado al presentarse ambigüedades en el texto normativo el juzgador deberá decidir por el significado de una interpretación u otra que es contraria a ella, por lo que en este caso el intérprete deberá recurrir a otros recursos como establecer cuál de ellas se ajusta más a los principios consagrados en la Constitución o apoyar su decisión en un determinado principio general del derecho.

Tecla Mazzaresse<sup>197</sup> señala que se pueden diferenciar cuatro posturas al respecto del término literal: a) literalismo: que sostiene que el significado literal es todo lo que se necesita para definir el significado, pues “resulta ser pues, *una expresión de alguna forma pleonástica*, en la medida que el significado no puede ser otra cosa que literal”; b) antiliteralismo radical: según ella el significado es “una función de pluralidad de variables distintas, entre las que el significado literal tiene un papel (si es que tiene alguno) absolutamente subsidiario” 3) antiliteralismo moderado y literalismo moderado: de las cuales el autor italiano sostiene que es más prudente la posición del literalismo moderado pues “no ignora en absoluto la diversidad

---

<sup>196</sup> Guastini Riccardo, “*Problemas de interpretación*”, (trad. Miguel Carbonell) en Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 07, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., 1997, pp. 124 – 125.

<sup>197</sup> Mazzaresse, Tecla, op. cit., pp. 609 – 610.

de críticas de las que es pasible la noción de significado literal”; por lo que el significado literal sería “una noción débil, ampliamente indeterminada”.

El recurso a este método de interpretación aunque necesario, es insuficiente, ello pues debido a los problemas de la dimensión lingüística del lenguaje jurídico, la cual no es perfecta y clara, sino llena de oscuridades y ambigüedades, por lo que para una adecuada utilización de este método se debería combinar el literalismo jurídico moderado señalado anteriormente con la concepción heterodoxa de la interpretación, de modo que “el significado literal, es quizás, el punto de partida, pero cuyos confines no son necesariamente insuperables”<sup>198</sup>, por lo que al utilizar el método literal los dispositivos legales de por sí no brindarían una solución al caso concreto por lo que es necesario “producir razones adicionales (...) mostrar que razones son pertinentes y porque, rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta”<sup>199</sup>.

2. **Interpretación lógica:** Ella se basa en el sistema de inferencias aristotélico, por lo que sostiene que los juicios jurídicos se encuentran encadenados, teniendo como figura representativa al silogismo judicial, es decir el uso de premisas para llegar a una determinada conclusión.

Si bien el carácter lógico de la interpretación es innegable, ello también es insuficiente, pues la interpretación de las leyes atienden también a los postulados de la lógica informal, es decir a la función argumentativa de la interpretación, ya que por ejemplo “en caso de ambigüedad, la lógica no nos proporciona un criterio para identificar a la mejor (la más justa, la más correcta) de las interpretaciones posibles de un texto legal; en caso de vaguedad, la lógica no nos proporciona un criterio de decisión respecto al alcance (extensión de un concepto); en caso de pluralidad normativa, la lógica no nos proporciona un criterio para decidir acerca de la norma aplicable” por lo que “la lógica solo proporciona un criterio para controlar la validez de una

---

<sup>198</sup> *Ibíd*em, p. 622.

<sup>199</sup> Atienza, Manuel, “*Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*”, *Isonomía*, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 01, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 1994, p. 58.

inferencia”<sup>200</sup>, por ello la lógica tendrá una función “reconstructiva” de los argumentos presentándolos como una estructura deductiva.

3. **Interpretación sistemática:** Se basa en la concepción de que el sistema jurídico se encuentra relacionado formando una sola estructura jerarquizada, de modo que la interpretación que el juzgador lleve a cabo de una determinada ley, debe llevarse a cabo considerándola parte de un todo y no de forma aislada.

Es debido a esta concepción de sistema que el juzgador ante una duda generada por una antinomia o laguna normativa, puede hacer uso de todo el sistema jurídico para establecer el sentido específico de la ley a interpretar relacionándolas con las demás, tal como es señalado por la Constitución Política en su artículo 139° inciso 8 y el artículo VIII del Código Civil.

Ya que las leyes pertenecen a un solo sistema y superada la visión de completitud y coherencia de ellas, es probable que el intérprete se encuentre con antinomias legales, es decir contradicciones entre leyes pertenecientes a un mismo sistema; si ello ocurriera, el juzgador deberá aplicar los siguientes criterios<sup>201</sup>: a) criterio cronológico: “*lex posterior derogat priori*”, b) criterio jerárquico: “*lex superior derogat inferiori*” y c) criterio de especialidad: “*lex specialis derogat generali*”.

Con referencia a las antinomias y a las lagunas que puedan presentarse en un ordenamiento jurídico, Guastini<sup>202</sup> sostiene la posición de que en realidad no son problemas interpretativos en sentido estricto ya que dichas anomalías se presentan en el significado de la ley a interpretar y no en la ley misma, por lo que “tanto las lagunas como las antinomias se presentan – cuando se presentan – por una interpretación realizada: son el resultado de las decisiones

---

<sup>200</sup> Moreno, J.J. y otros, “*Argumentación jurídica, lógica y decisión jurídica*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, p. 259.

<sup>201</sup> Aseff, Lucia María, “*Los Métodos Interpretativos*”, El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho, op. cit., pp. 369 – 370.

<sup>202</sup> Guastini, Riccardo, “*Problemas de...*” pp. 129 – 130.

interpretativas de los operadores jurídicos”, por lo que podría darse en caso de que al interpretar una ley está dé como resultado un significado conforme a la Constitución Política y un significado contrario a ella; en dicho caso nos encontraríamos ante una antinomia, la cual sería salvable si el juzgador decide aplicar la interpretación que es acorde al significado que el juzgador de a la norma de rango superior, es decir la Constitución Política.

Por otro lado con respecto a la aparición de lagunas en el ordenamiento, el único método de solucionarla es mediante la integración de dicho ordenamiento, de modo que dé como resultado la aparición de una norma implícita en ella que pueda ser aplicable al caso concreto, sin embargo ello no sería un problema de interpretación en estricto sino “creación jurisprudencial del derecho”.

Además de ello, si estos criterios se hayan en conflicto, el intérprete puede utilizar otros métodos que le permitan justificar la preferencia de un criterio sobre otro, pudiendo hacer uso de los argumentos “*a coherentia*”, “*sedes materiae*” o “*a rubrica*”.

Con respecto al uso de los argumentos señalados, Velluzi<sup>203</sup> diferencia entre “interpretación sistemática débil” (la cual se manifiesta utilizando el argumento de las “*sedes materiae*”, de la constancia terminológica, de inconstancia terminológica y de la disposición combinada) e “interpretación sistemática fuerte” (utilizando el argumento “*a coherentia*” mediante la cual la atribución de significado evita entrar en conflicto con el contenido de otra disposición ya interpretada; la interpretación adaptativa por la que se adecua el significado de una disposición legal, al significado ya establecido de otras disposiciones de rango superior como la Constitución Política o los principios generales del derecho; y el recurso a las construcciones dogmáticas, por la cual el juzgador construye un sistema de relaciones normativas compatibles con la construcción dogmática utilizada). Esta diferenciación realizada por el jurista italiano es útil al momento de interpretar una norma de forma

---

<sup>203</sup> Velluzi, Vito, op. cit., pp. 78 – 81.

sistemática, pues con ellas sí es posible evitar la aparición de posibles antinomias en el ordenamiento jurídico.

4. **Interpretación subjetiva:** Este tipo de interpretación indaga cual es la voluntad del legislador histórico, para lo cual recurrirá a la exposición de motivos de la ley, así como a los textos de los debates parlamentarios que le dieron origen. Este tipo de interpretación no es de uso recomendable para el juzgador, pues al hacer referencia a los hechos citados, su interpretación se basaría en la justificación subjetiva de los parlamentarios al momento de promulgar la ley.

En todo caso ello solo sería recomendable para el intérprete doctrinario de la ley, al momento de hacer una investigación histórica y recabar información sobre los motivos que generaron la emisión de una ley.

5. **Interpretación auténtica:** Es la interpretación llevada a cabo por el legislador que promulgo una determinada ley, a razón de delimitar el alcance y contenido de la misma. Sin embargo Kelsen señala que la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica, cuando crea derecho para un caso concreto, es decir cuando produce una norma individual, sin embargo es necesario tener en cuenta que “no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino, que también puede producirse una norma que se encuentra enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable<sup>204</sup>”, por lo que la interpretación auténtica tendría un carácter literal moderado.
6. **Interpretación teleológica:** Para ella, el juzgador debe guiarse por los fines que se pretende lograr con la ley, por ejemplo con respecto a los derechos del niño y adolescente, el fin que debe tener siempre en cuenta al interpretar una ley que les afecte es el “interés superior del niño” o por ejemplo en el derecho penal, el “*in dubio pro reo*”.

---

<sup>204</sup> Kelsen Hans, “*Teoría pura del derecho*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., op. cit., pp. 354 – 355.

Sin embargo es posible que el juzgador al momento de interpretar una ley, se encuentre con dos fines contrapuestos en un mismo caso concreto, por lo que el juez deberá hacer uso de una debida ponderación y establecer a cuál de ellos da preferencia, siempre justificando dicha decisión.

- 7. Interpretación Analógica:** Aseff<sup>205</sup>, menciona que para hacer uso de la interpretación por analogía es necesario que se presenten ciertos requisitos: a) la existencia de una norma N que regule el supuesto S, al que se le aplica la consecuencia jurídica C, b) un supuesto S/1 no regulado por ninguna norma, c) que el supuesto S y S/1 sean semejantes y d) que entre los supuestos S (el regulado) y el S/1 (el no regulado), se aprecie identidad de razón.

Por ejemplo en las clases de documentos que pueden ser ofrecidos como medios probatorios establecidos en el artículo 234° del Código Procesal Civil; se especifica con detalle los diferentes documentos que pueden ofrecerse, sin embargo debido al desarrollo tecnológico constante, es posible que se ofrezca como medio de prueba uno que no está específicamente establecido en la ley, en dicho caso el juzgador haciendo uso de la interpretación analógica puede permitir su ofrecimiento, asimilándolo a uno que sí este regulado en virtud de sus semejanzas.

Este tipo de interpretación, está prevista por nuestra propia legislación, tal como es señalado en el artículo IV del Código Civil, sin embargo hay que mencionar que ella además de reconocerla, establece también que no es aplicable a leyes que establecen excepciones o restringen derechos, es decir, “el intérprete reduce los márgenes de aplicación de la norma jurídica excluyendo, por alguna razón, hechos que en principio podrán ser susceptibles de regirse por ella”<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Aseff, Lucia María, op.cit., pp. 371 – 372.

<sup>206</sup> Rubio Correa, Marcial, “El título preliminar del código civil” fondo editorial de la P.U.C.P., 10° edición, Lima, 2008, p. 80.

Adicionalmente cabe mencionar el método comparativo<sup>207</sup>, la cual se realiza mediante una comparación de las leyes o instituciones jurídicas del medio del juzgador con las de otros países, de modo que el juzgador tenga una información más detallada y abundante de cómo están reguladas e interpretadas las instituciones jurídicas y leyes en otros lugares. A pesar de mantener a la ley como la fuente de interpretación del derecho, su utilización es peligrosa, pues debido a la heterogeneidad en la regulación jurídica, no sería recomendable aplicar la interpretación de una institución o ley jurídica extranjera al propio medio del juzgador.

Como se vio, conviven una gran variedad de métodos interpretativos, dentro de los cuales el juzgador debe seleccionar el o los métodos a utilizar, para lo cual la ley muchas veces no establece cuál de ellos aplicar, por lo que dicha selección obedece a “criterios axiológicos, específicamente a la justicia, con lo que el juez debe asegurar la justa decisión del conflicto, es decir, que se logre el equilibrio entre todos los valores jurídicos y establezca igualdad entre los iguales y proporcionalidad en la distribución de los bienes según los méritos de los actores”<sup>208</sup>, sin embargo ello no debe dar como resultado una sentencia arbitraria, sino que debe guiarse por los parámetros señalados por la ley.

**(b) La actividad interpretativa del juzgador en sí y su contenido mínimo en la motivación:**

**(i) La selección de la norma aplicable al caso:** La primera actividad que tiene que realizar el juzgador es la selección del dispositivo aplicable, lo que reducirá las opciones que tiene el juzgador para solucionar el caso concreto, sin embargo para establecer dicha ley, el juzgador debe tomar en cuenta ciertos requisitos para que dicha elección sea válida.

**1. Establecimiento de la vigencia y validez de la norma:** Este requisito tiene como objetivo verificar “la vigencia de la norma seleccionada, o lo que es lo mismo, a comprobar que el precepto no haya sido derogado o abrogado del

---

<sup>207</sup> Aseff, Lucia María, op. cit., 362 – 363.

<sup>208</sup> Cueto Rúa, Julio C., op. cit., p. 119.

ordenamiento (validez formal), y de otra parte, a verificar su constitucionalidad y legalidad (validez material)”<sup>209</sup>.

Ello es importante al momento de aplicar la ley a un caso concreto pues “la norma creada vale porque existe un acto orgánico que la establece, no por su corrección lógica<sup>210</sup>”, por lo que a pesar de que el juzgador interpretando una ley y aplicándolo a un conflicto, dé como resultado una decisión que en apariencia es adecuada y suficiente, ello no tendría ningún sentido si antes no se verifica si dicha ley a interpretar ha sido objeto de derogación o es contrario al orden jerárquico de la estructura normativa.

- a. **De la validez formal:** el control de la validez formal tiene como objetivo establecer la vigencia de las leyes, en otras palabras, verificar si la ley que se pretende interpretar y aplicar al caso concreto no ha sido derogada o abrogada, así como establecer su aplicación en el tiempo.
- i. **La derogación de las leyes:** La derogación en nuestro medio se produce solo por otra ley, por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia es ésta es íntegramente regulada por aquella. Además de ello, por la derogación de una ley, no recobran vigencia las que ella hubiere derogado. Así es establecido por el artículo I del Código Civil. Pese a esto último señalado, es posible que una ley derogada anteriormente por la ley que está siendo derogada en este momento recobre su vigencia, pero ello no es de forma automática, pues se requerirá que la nueva ley establezca la vigencia de las normas derogadas por la norma derogada por aquella.

Adicionalmente, el artículo 109° de la Constitución Política establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial salvo disposición contraria de la misma norma. Vidal Ramírez<sup>211</sup> al respecto complementa lo establecido por nuestras leyes mencionando que

---

<sup>209</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., pp. 245 – 246.

<sup>210</sup> Schmill, Ulises, “*Derecho y lógica*”, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 01, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 1994, p. 22.

<sup>211</sup> Vidal Ramírez, Fernando, “*Comentario artículo I*”, Walter Gutiérrez Camacho (dir.), Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 20.

“ni la norma consuetudinaria ni la desueto afectan la vigencia de una norma legal”.

Cabe resaltar que en doctrina se diferencia entre los términos derogación y abrogación, tal como señala Manuel Osorio<sup>212</sup>: “derogar significa dejar sin efecto o suprimir parcialmente una ley” y “abrogar, suprimir una ley en su totalidad”. Pese a ello nuestra legislación ha optado por incluir en el término derogación la pérdida de vigencia de una ley en su totalidad o en parte.

Por otro lado, nuestra legislación reconoce tanto la derogación tácita como la expresa, ya que “la derogación expresa es la que se produce por la “declaración expresa” de la nueva ley” mientras que la derogación tácita “es la que resulta de la nueva norma que no tiene “declaración expresa” pero que colisiona con la que se encuentra en vigencia”<sup>213</sup>.

Pese al reconocimiento de la derogación tácita por nuestra legislación, considero perjudicial su práctica, pues no facilita la labor del juzgador a efectos de establecer que leyes ya no forman parte de nuestro sistema jurídico, y se hace necesaria la declaración expresa de la derogación legislativa por el gran número de leyes que rigen nuestra sociedad, además de la labor incesante de producción legislativa de nuestro Congreso y Poder Ejecutivo.

- ii. **Conflictos de la ley en el tiempo:** Debido a que las normas tiene vigencia temporal es necesario que el juzgador establezca en qué situación se tiene que aplicar una determinada ley.

Al respecto, el artículo 103° de la Constitución Política y el artículo III del Código Civil establecen la irretroactividad de la ley, al disponer que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas

---

<sup>212</sup> Osorio, Manuel, *“Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”*, editorial Heliasta, 26° edición, Buenos Aires, 1999, p. 331.

<sup>213</sup> Vidal Ramírez, Fernando, op. cit., p. 21.

existentes, salvo en el caso del derecho penal si ello es más ventajoso al reo.

Es necesario referirnos brevemente a la situación jurídica, la cual es un conjunto de varios factores: por un lado un hecho reconocido por la ley (por ejemplo el matrimonio) que a su vez va a generar una relación jurídica y un nuevo status a las personas intervinientes (cónyuges) y como consecuencia de ello se va a originar derechos y obligaciones (hacer vida común en el domicilio conyugal) y derechos (suspender la vida en común si su cumplimiento pone en riesgo grave la vida de cualquiera de los cónyuges).

En doctrina se reconocen dos corrientes que tratan de regular la vigencia temporal de las normas: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. La teoría de los derechos adquiridos sostiene que en caso de dictarse una nueva ley que regule un hecho jurídico antes de su promulgación, no pueden ser variados por esta nueva ley, rigiéndose en todo momento por la ley anterior. Como se puede apreciar esta teoría permite la ultractividad de la ley, es decir la aplicación de la antigua ley para regir los hechos que tuvieron lugar durante su vigencia.

Por otro lado la teoría de los hechos adquiridos la cual es la teoría por la que ha optado nuestra legislación, tal como es reconocido por el artículo 2121° de nuestro Código Civil, establece que las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de darse la ley serán gobernadas por ésta, por lo que la aplicación ultractiva de la ley está prohibida.

Al respecto, Gutiérrez Camacho<sup>214</sup> sostiene que “La aplicación de la nueva ley no alcanza a los elementos constitutivos de las relaciones jurídicas ya constituidas y menos aún extinguidas” y añade “no obstante no puede sostenerse lo mismo respecto a los efectos ulteriores de tales relaciones jurídicas”, por lo que tomando de nuevo el ejemplo del matrimonio, sus

---

<sup>214</sup> Gutiérrez Camacho, Walter, “Comentario artículo III”, Código civil comentado por los 100 mejores especialistas, op. cit. p. 37.

elementos constitutivos no van a ser modificados por la nueva ley, sin embargo sus consecuencias futuras que se den dentro del ámbito de aplicación de la nueva ley por ejemplo el divorcio van a ser regidas por ésta.

Pese a que nuestra legislación se adhiere expresamente a la teoría de los hechos cumplidos, la Constitución Política en su artículo 62° establece que “la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase”, por lo que en parte se aplicaría la teoría de los hechos adquiridos para el ámbito contractual.

Finalmente cabe resaltar con respecto a la ultractividad de la ley, que nuestro Código Civil en su artículo 2120° establece que “se rige por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código no los reconozca”. Esta norma parecería que entra en conflicto con la teoría de los hechos cumplidos sostenida por nuestra legislación, pero ella debe ser entendida solamente en el caso que “cuando la materia haya sido regulada tanto en el código civil de 1936 como en el vigente, las normas de este último resultan de aplicación inmediata, y solo cuando la materia que fue tratada por el código derogado ya no se haya tratado por el código en vigencia, resulta de plena aplicación lo previsto en el artículo 2120° del código sustantivo de 1984, es decir, se aplica en forma ultractiva las normas del código abrogado”<sup>215</sup>.

- b. **De la validez material:** Además del requisito de la vigencia formal de la norma a aplicar, también es necesario que tenga a su vez vigencia material, es decir, el juzgador debe realizar un control de legalidad y constitucionalidad de la ley a aplicar, por lo que debe verificar el debido respeto al sistema de jerarquía normativa establecido por Kelsen, la cual reconoce la existencia de una norma básica y fundamental que, “se

---

<sup>215</sup> Caso Nro. 708-97 Huancavelica, El Peruano, 15 de Octubre de 1998, p. 1934, en Código Civil Jurista Editores, Lima, 2010, p. 452.

complementa con el reconocimiento y presentación del orden jurídico como sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concretización a partir de la constitución y por escalones intermedios (leyes, reglamentos, contratos, sentencias, etcétera) hasta los actos jurídicos individuales de ejecución”<sup>216</sup>, reconocido y aplicado en nuestro sistema jurídico.

Ello se ve reflejado en nuestro ordenamiento constitucional, así el artículo 51° de la Constitución Política reconoce que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”, así como el artículo 138° establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 14° menciona que “De conformidad con el Art. 236° de la Constitución (léase artículo 138° de la Constitución), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

---

<sup>216</sup> Esquivel Pérez, Javier, *“Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. México D.F., 1980, p. 69.

Además de ello, el Código Procesal Constitucional en el artículo VI establece que, “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

El citado artículo supone un límite al control difuso del juzgador, al mencionar que no puede dejar de aplicar una norma que mediante un proceso de inconstitucionalidad o proceso de acción popular, haya sido declarada constitucional; sin embargo ello está justificado en aras de lograr certeza sobre la constitucionalidad de las normas, ya que tal como reconoce el artículo 1° del mencionado cuerpo legal “el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la inconstitucionalidad”.

Como se pudo apreciar nuestro sistema legal hace hincapié en el respeto a la jerarquía normativa, al regularla en una gran variedad de dispositivos legales, para lo cual, nuestra legislación prevé un control mixto de la constitucionalidad de las normas, por un lado el control difuso de procedencia norteamericana a cargo de los órganos del poder judicial ordinario, y el control concentrado de origen europeo a cargo del Tribunal Constitucional, debido a la naturaleza del trabajo, nos referiremos únicamente al control difuso de la constitucionalidad de las normas.

El control difuso de la constitucionalidad de las normas se origina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803 a raíz de la célebre sentencia del juez John C. Marshall en el caso Marbury vs

Madison, sentando las bases del “*judicial review*”, y así la doctrina de preferir la norma con rango constitucional sobre las demás.

Valle-Riestra<sup>217</sup> citando a Quiroga León menciona que “el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación en un caso concreto con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial solo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen de su aplicación concreta, real y tangible”, por lo que no es posible ejercer este control en abstracto y es necesaria su presencia en un caso concreto para su examen.

Rubio Correa señala algunas pautas que debe tener en cuenta el juzgador al momento de decidir si la ley que pretende aplicar es contraria a la Constitución: menciona que debe tener en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad, pues solo mediante la incompatibilidad la norma de un rango y la de otro son excluyentes entre sí, mientras que por diversidad entiende que la ley se caracteriza por tener matices y precisiones. Por otro, que es fundamental que el juzgador considere que “razonablemente” no pueda encontrar compatibilidad entre las dos normas, y finalmente hace énfasis en lo señalado por Quiroga León anteriormente, es decir que el control difuso solo tendrá lugar en un conflicto real y concreto de intereses<sup>218</sup>.

A pesar de que la legislación pone énfasis en la labor de control constitucional por parte de los órganos del poder judicial, muy rara vez ejercita este control ello debido a que como señala el profesor Sequeiros Vargas<sup>219</sup> la tarea de realizar control difuso supone “una tarea compleja, ya que no se refiere a una mera comparación entre lo que dice la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una

---

<sup>217</sup> Valle-Riestra, Javier y otros, “*Código Procesal Constitucional*”, T. I, ediciones Jurídicas, Lima, 2004, pp. 124 – 125.

<sup>218</sup> Rubio Correa, Marcial, “Estudio de la...” p. 26.

<sup>219</sup> Sequeiros Vargas, Iván, “*El ejercicio de control constitucional por los jueces peruanos*”, en Revista Oficial del Poder Judicial, Año 3, Nro. 5, 2009, Lima, p. 144.

exhaustiva y cuidadosa evaluación de los propósitos constitucionales con referencia de toda la teoría de la interpretación constitucional y legal y, adicionalmente se debe tener como referencia esencial la solución del caso específico y no perder de vista los efectos de la resolución, ya no solo circunscrito al caso específico, sino a la sociedad en su conjunto, de ahí que uno de los factores que influye en la escasísima ejecutoria de control difuso, resulta explicada” y añade “los jueces no pueden dedicar un tiempo especial para involucrarse en un análisis trascendental de control de constitucionalidad, lo que no justifica su ineficiencia en esa materia, sino que la explica”.

Por otro lado cabe destacar que, el hecho de que sea exigible verificar la adecuación de una norma de rango inferior con la Constitución Política u otra norma de rango superior a la que se pretende aplicar al caso concreto, no hace sino poner en relieve la existencia de contradicciones en el ordenamiento normativo, sin embargo como señala Schmill ello “satisface una necesidad muy profunda de los seres humanos: la necesidad de seguridad”<sup>220</sup>.

Todo lo mencionado hasta aquí debe tenerlo en consideración el juez al momento de elaborar la justificación de sus decisiones, velando que ellas no se basen en leyes invalidas formalmente, es decir que hayan sido derogadas, o materialmente, que supone la contravención de la norma a aplicar con una de mayor jerarquía, especialmente con la Constitución.

- 2. Selección de las normas aplicables al objeto de la causa:** Cumplidas las exigencias de validez formal y material, el siguiente paso del juzgador es el de establecer las leyes que van a servir como justificación de su decisión atendiendo al proceso en sí, ello debido al principio de congruencia que debe regir sus decisiones, es decir, limitando su pronunciamiento a lo pedido por las partes y atendiendo a las alegaciones y peticiones de las mismas.

---

<sup>220</sup> Schmill, Ulises, op. cit., p. 25.

- a. **Las peticiones de las partes:** La consideración a este respecto, se configura con lo señalar por Colomer<sup>221</sup>, es decir “de una parte, los jueces no podrán dictar resoluciones al margen de las peticiones de las partes, y de otra parte, que los juzgadores en modo alguno podrán utilizar para justificar sus decisiones normas cuyo efecto jurídico no se corresponda con alguna de las pretensiones formuladas”.

Por lo que, para cumplir adecuadamente con este requisito no solo es necesario que el fallo en sí, es decir la decisión adoptada por el juzgador tenga en consideración el “*petitum*” que es objeto del conflicto, sino que además la motivación que sirve de base a dicha decisión también debe contemplar lo pedido por las partes.

La inobservancia de ello puede presentarse de dos modos: 1) que el fallo no guarde congruencia con lo pedido, es decir que el juzgador decida sobre elementos no incluidos en las pretensiones de las partes y 2) que a pesar de que el fallo resuelva tomando en consideración dichas pretensiones, las normas en que se base la motivación que le sirve de justificación no tenga concordancia o sean incoherentes con el “*petitum*”, por lo que habría en un caso, incongruencia entre la decisión del juzgador y el “*petitum*”, y en otro caso incongruencia entre la decisión y la motivación.

En el primer caso antes señalado, el juzgador no se pronuncia sobre lo pedido por las partes, lo cual configuraría el incumplimiento del requisito de congruencia, ya que no puede decidir otro tema que no sea el ventilado en la causa; y por otro lado el segundo caso se configura cuando a pesar de que el fallo es concordante con lo pedido por las partes, la motivación de dicho fallo no basa su justificación en normas que tengan que ver específicamente con el tema central del conflicto.

- b. **Las alegaciones de las partes:** Es necesario además la consideración a los argumentos presentados por las partes con respecto al “*petitum*”, es decir,

---

<sup>221</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 251.

los fundamentos jurídicos y facticos presentados por las partes para defender su posición, al juzgador.

Con respecto a las alegaciones “de hecho” debemos mencionar que son las que mayor interés debe generar, pues mediante ellas el juzgador puede aplicar el supuesto jurídico que la ley establece al caso concreto, siendo dichas alegaciones lo límites sobre los que debe decidir el juez. Es notoria la importancia de las alegaciones de las partes para establecer el centro sobre el que gira el proceso, pese a ello el Tribunal Constitucional como se señaló anteriormente, reiteradamente en su jurisprudencia establece que el juez no está obligado a pronunciarse de todas las alegaciones de las partes, práctica que debería ser desterrada de nuestra practica judicial pues atenta contra el derecho de las partes a un pronunciamiento adecuado y exhaustivo por parte del poder judicial.

Por ello, con relación a las alegaciones de hecho de las partes, puede presentarse dos anomalías: por un lado que el juzgador no se pronuncie por todas las alegaciones fácticas de las partes que como se señaló es práctica judicial común y por otro que el juez introduzca otros hechos que no hayan sido alegados por las partes. No se debe confundir la introducción de nuevos hechos con la facultad que le reconoce al juzgador de ejercitar otros medios de prueba si le parece pertinente para con ello establecer si los hechos tienen el carácter de probado, tal como es señalado por el artículo 194° del Código Procesal Civil.

Con respecto a las alegaciones jurídicas, tenemos que mencionar el principio de “*iura novit curia*”, por lo que el juez en ningún momento se verá limitado por las alegaciones jurídicas de las partes, siendo posible, si el juzgador lo considera adecuado, apartarse de las alegaciones jurídicas sostenidas por las partes y defender una alternativa diferente, ello pues porque se reconoce al juzgador como especialista en el derecho y por lo cual capaz de aplicar la norma pertinente a la solución del caso concreto.

El principio de “*iura novit curia*” se encuentra reconocido por nuestro sistema legal en el artículo VII del título preliminar del Código Civil el cual

establece que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda. Sentís Melendo<sup>222</sup> al respecto señala que “si el juez está en principio ligado a la ley y no a errores de planteo de los litigantes, se comprende que un deber profesional del mismo es el de conocer las normas que ha de aplicar (...) funciona como regla general ese deber profesional” y agrega “para el juez es (o puede ser) un deber el conocimiento del derecho, indispensable para su aplicación; para el ciudadano es una necesidad el cumplimiento del derecho, independientemente de que lo conozca o no”

Por otro lado, Ezquiaga Ganuzas<sup>223</sup> reconoce dos usos del principio “*iura novit curia*”: por un lado la “presunción” de que el juez conoce el derecho, es decir se basa en la preparación técnica del juzgador, pues al ser un especialista en derecho, como el derecho aplicable al litigio, por lo que en principio no está vinculado a las consideraciones de derecho que las partes efectúen; y por otro lado tiene una función de “principio” normativo como un deber impuesto a los jueces que para resolver el litigio tiene que sujetarse a lo establecido por el derecho y por lo tanto conocerlo.

Así se podría decir que para poder resolver un caso, las partes son las que van a aportar los hechos y el juez es el que se va a encargar de aportar el derecho aplicable al caso y resolver el conflicto, por lo que el juez no puede justificar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Sin embargo pese a esta distinción de aportación de los hechos por las partes y el derecho por el juez, eso no quiere decir que el juzgador solamente se debe pronunciar sobre el análisis jurídico del caso y no sobre la prueba de los hechos a las partes, pues el juzgador también debe pronunciarse sobre el por qué a una determinada prueba le confiere credibilidad y a otras se las niega.

---

<sup>222</sup> Sentís Melendo, Santiago, “*El juez y el derecho (iura novit curia)*”, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 42 – 44.

<sup>223</sup> Ezquiaga Ganuzas Javier, “*Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho*”, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 18.

Como se advierte, las partes estarían más interesadas en hacer valer las pruebas presentadas por ellas, ya que el juez como un profesional del derecho, se considera que a pesar que las partes no hagan alegaciones jurídicas, el juzgador sabría qué ley aplicar al caso que tiene frente a él. A pesar de ello, la misma ley obliga a las partes a hacer alegaciones jurídicas complementando las alegaciones fácticas que pudiera hacer, tal como se puede desprender por ejemplo del inciso 7 del artículo 424° del Código Procesal Civil.

Por lo que a pesar de que la ley exige un pronunciamiento de derecho a las partes, por el principio de “*iura movit curia*” el juzgador no se encuentra vinculado a dichas alegaciones, lo que implica al menos las siguientes consecuencias: “a) aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en admitir la existencia de una norma que *realmente no existe*, el juez no podrá tenerla en cuenta, b) aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en silenciar la existencia de una norma que *realmente existe*, el juez no podrá por ello dejar de aplicarla y c) el juez puede alterar la calificación jurídica de los hechos efectuada por las partes siempre que, ese cambio no implique una mutación de los elementos objetivos de la demanda”<sup>224</sup>.

Por lo que es posible señalar, que en definitiva el investigar y establecer el derecho aplicable a la causa es en exclusiva una facultad del juzgador, tal como es mencionado por nuestro Tribunal Constitucional:<sup>225</sup>: “el juez (...) debe determinar la “*causa petendi*” y siempre que no se aparte de los hechos afirmados ni modifique su objeto, puede otorgar lo pedido sobre la base de una calificación de la causa distinta a la que hicieron las partes”.

A pesar de lo señalado, el juez tiene cierto límite a su actuación al pronunciar el derecho aplicable, ello en virtud del “principio de contradicción” que es una característica del modelo adversarial del conflicto jurídico, entendiendo como un derecho exclusivo de las partes el promover un proceso legal, lo cual es recogido por el artículo IV del Código Procesal Civil. Sin embargo

---

<sup>224</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier, op. cit., p. 28.

<sup>225</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de Abril del 2004, Expediente Nro. 0569-2003-AC/TC

ello se complementa con el artículo II del mismo cuerpo legal, que señala que la dirección del proceso está a cargo del juez, por lo que podemos señalar que nuestro proceso civil tiene un modelo mixto.

En virtud del principio de contradicción, el proceso es entendido como una contienda entre dos partes enfrentadas, contradiciendo dentro del proceso la posición de una parte por la otra parte, teniendo el juzgador que pronunciarse sobre los hechos alegados y el derecho que creen las partes es aplicable para la solución del conflicto.

Pese a la virtud de este principio, tiene algunas falencias, tal como lo indica el profesor Rubio Correa<sup>226</sup> al señalar que la norma solo hace referencia a la aplicación de la norma pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda, sin hacer referencia a que dicha deficiencia también se puede producir en la contestación de ella, como por ejemplo cuando el demandado no invoca una excepción a la demanda que lo beneficia. Sin embargo ello podría salvarse mediante un razonamiento analógico “*a pari*”.

Por otro lado se puede dar la posibilidad que la aplicación de la norma no citada se verifique en un estado del proceso en el que la parte perjudicada no pueda ejercer su defensa frente a ella, debido a que no lo tomó en consideración inicialmente en el planteamiento de su posición o porque le exigiría una carga probatoria adicional de hechos que ya no puede ser realizada. En este último caso la ley en sí, no ofrece ningún tipo de solución, por lo que el jurista citado menciona que debería establecer mecanismos de prueba o alegación cuando la norma aplicable y no invocada aparezca en etapas del procedimiento en las cuales no pueden practicarse nuevas pruebas ni expresarse alegación adicional por la omisión del perjudicado.

Finalmente cabe destacar que se debe tener siempre en cuenta que a pesar de que el juez no esté vinculado por ninguna de las posiciones de las partes, es deber del juez pronunciarse sobre ellas, de esta manera la motivación de su decisión debe incluir un pronunciamiento sobre cada una de las

---

<sup>226</sup> Rubio Correa, Marcial, “*El título preliminar...*” pp. 132 – 133.

alegaciones jurídicas hechas por las partes a fin de establecer la corrección o no de las mismas.

- 3. El contenido de la justificación de la “*quaestio iuris*”:** es necesario referirnos de nuevo a la interpretación jurídica, pero en este caso aplicándolo al contenido de la “*quaestio iuris*” de la motivación, para lo cual nos serviremos de lo señalado por Colomer<sup>227</sup> citando a Diez Picazo, al referirse que la interpretación debe considerarse como una “operación total” en la que no se puede decidir primero cual es la norma que se va a aplicar y después someterla a una interpretación, puesto que también para decidir que una norma no se aplica, es preciso interpretarla previamente”.

Lo señalado por Diez Picazo es significativo, pues la determinación del momento en que se produce la interpretación de la ley seleccionada como aplicable al caso concreto no es de mucho interés para una adecuada motivación de la decisión del juzgador, pues ello supone darle importancia a la explicitación de la “*iter*” mental, y como hemos señalado anteriormente, lo que verdaderamente importa es la justificación de la aplicación de la norma, es decir justificar por qué ella es adecuada para dar solución al caso concreto, independientemente del momento en que este se llevó a cabo. Lo cual debe estar expresado de forma clara y precisa en el texto de la motivación de la sentencia.

Adicionalmente Emilio Betti<sup>228</sup> señala que “la aplicación de la ley a una determinada situación de hecho presupone una confrontación de ésta con el supuesto de hecho (legal) previsto en la norma. Se trata de verificar, en qué medida, si el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume y de encontrar en él los rasgos relevantes para su tratamiento jurídico: tal operación lógica se denomina calificación jurídica (del supuesto de hecho)”

Por lo que para que exista una debida motivación de la decisión, el juzgador debe interpretar todas aquellas normas aplicables al caso concreto así como

---

<sup>227</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 259.

<sup>228</sup> Betti, Emilio, op. cit., pp. 102 – 103.

las alegaciones y declaraciones con relevancia jurídica hecha por las partes y dejar constancia de ello en la motivación de la sentencia, esto a su vez servirá para tener un completo conocimiento de la actividad interpretativa del juez de toda su resolución.

Para ello, es decir cumplir con una adecuada motivación de la “*quaestio iuris*” es necesario que el juzgador cumpla con una serie de requisitos<sup>229</sup> de la interpretación judicial: a) determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, b) la atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en el supuesto de hecho normativo c) el esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto de hecho d) la adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la consecuencia establecida por la norma no esté plenamente determinada.

Para ello, el juzgador tiene a su disposición una serie de métodos de interpretación para poder obtener el significado de la norma aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta que en la justificación de la sentencia se deberá incluir no solo el resultado interpretativo que hizo de las normas el juzgador, sino que además deberá señalar el criterio interpretativo (es decir el método de interpretación) adoptado con el juez, de manera que se pueda verificar la coherencia entre el método de interpretación y la interpretación misma, y entre estas dos y la decisión del juzgador.

- a. **Indicación del criterio de interpretación adoptado:** Como se vio anteriormente, es necesaria la actividad interpretativa del juzgador a fin de darle el significado correspondiente a la norma que aplicará a los hechos, mediante la utilización de un método de interpretación, siendo el más común y el primero que debe tener en cuenta el juzgador, el método literal de la interpretación, es decir basarse en el sentido netamente gramatical de las leyes a fin de establecer su significado.

---

<sup>229</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 261.

Sin embargo muchas veces el solo recurso al método literal de interpretación no es suficiente para poder establecer su significado, por lo que es necesario la utilización de diversos métodos adicionales que complementen al método literal, por ello, a fin de conocer efectivamente el método utilizado, el juzgador en la motivación deberá incluir la mención de todos aquellos métodos interpretativos que utilizó, es decir explicitar los criterios que el juzgador utilice como complemento del mero uso del sentido gramatical de las normas; sin embargo, en caso de que solo se haya empleado el método gramatical en la interpretación de la norma aplicable, no sería necesaria su explicitación, pues ella es la base o por decirlo mejor el primer criterio que debe tener en cuenta, ya que no es posible que el juzgador no utilice en primer lugar el método literal pues por el mero hecho que la ley es una construcción lingüística.

A pesar de ello, si por las circunstancias del caso ello no fuere suficiente, queda del juez utilizar otro u otros métodos que le complementen. Sin embargo uno se preguntara ¿cómo justifica que se haya optado por un criterio y no otro?; ya que en principio el juzgador se debe ajustar a la literalidad de la norma no sería necesaria su justificación, sin embargo el juzgador al justificar la utilización de otros criterios tiene en su auxilio, los diversos trabajos especializados del derecho y puesto que la ley reconoce que el juez puede (y debe) orientarse mediante doctrina autorizada, ella servirá a su vez para justificar su utilización en el caso.

- b. **Justificación del significado atribuido a la ley a aplicar conforme al criterio adoptado:** es necesario justificar que la interpretación del dispositivo legal sea resultado de la utilización del criterio interpretativo utilizado por el juzgador, de modo que exista un criterio de logicidad entre el criterio de interpretación y la interpretación misma, pues ésta solo será válida si concuerda con el criterio adoptado por el juzgador. Lo cual facilitará el control de corrección de la motivación de la decisión realizado por las partes del conflicto y el juez superior jerárquico, además de servir como un seguro del juzgado de primera instancia para señalar en base a que parámetros interpretó la ley a aplicar.

Refiriéndonos en específico al uso del criterio literal de interpretación, es necesario recalcar que el margen de actuación que tiene el juzgador está enmarcado por la ley, por lo que a pesar de que los términos lingüísticos tienen un carácter flexible, el uso del método literal de interpretación no debe ser de tal magnitud que desprece el sentido propio de las palabras, lo que puede dar como resultado una interpretación de la ley “*extralegem*” o “*contralegem*”, por lo que es necesario que la motivación de la sentencia justifique que “el significado atribuido al enunciado normativo a través de la interpretación es útil para la resolución de la “*Litis*” y que el significado atribuido no excede los límites de una usual interpretación gramatical del enunciado normativo”<sup>230</sup>.

Además del método literal de interpretación, debido a la estructura jerárquica de nuestro sistema jurídico, el juzgador debe utilizar obligatoriamente el sistema sistemático de interpretación, lo cual es reconocido por nuestro Tribunal Constitucional<sup>231</sup>, por ejemplo cuando expresó: “Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139° de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse (...) que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse”.

Finalmente cabe resaltar con respecto a la motivación jurídica de la decisión, que es de vital importancia que ella se conecte adecuadamente con los hechos que son la base de la interpretación normativa, ya que no es suficiente una escrupuloso y detallado desarrollo de la justificación del criterio de interpretación y de la interpretación misma de la norma, sino que es necesario que la “*quaestio iuris*” tenga contacto con la “*quaestio facti*”, pues no sería razonable que, por muy bien realizada la interpretación, ésta

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, pp. 267 – 268.

<sup>231</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de Enero del 2003, Expediente Nro. 010-2002-AI/TC

no se desprenda o no tenga en cuenta los hechos que son materia del conflicto, por lo que si bien la decisión tiene como justificación la aplicación de una determinadas norma, el no justificar la conexión de la interpretación con la “*quaestio facti*” daría como resultado una sentencia arbitraria.

(c) **Patologías en la justificación de la “*quaestio iuris*”:** debido a que la interpretación es una actividad humana y por ello falible, es necesario resaltar aquellos casos en los que la interpretación de la “*quaestio iuris*” se base en argumentos que solamente tengan la apariencia de ser válidos, en cuyo caso nos encontraríamos ante el uso de sofismas por el juzgador. El uso de los argumentos y la corrección de su validez, son ampliamente desarrollados por las modernas teorías de la argumentación, así como los casos en los que nos encontremos frente a falacias argumentativas.

Debido al gran número de tipos argumentativos desarrollados por las teorías de la argumentación y a la materia del presente trabajo, me referiré únicamente a aquellos casos más comunes en los que el juzgador intencionalmente o no, utilice argumentos falaces para defender la interpretación que hace de un determinado dispositivo legal.

(i) **Falacia “*Ad Hominem*”:** Este tipo de argumento se utiliza para desacreditar lo sostenido por una persona, basándose en aspecto de la personalidad de éste, en lugar de atender a la fuerza argumentativa de su razonamiento. Ello se puede dar por ejemplo cuando el juzgador no se pronuncia sobre las alegaciones de una de las partes por considerarlo inútil ya que tiene un nivel educativo inferior, o por pertenecer a una raza o tener una identidad sexual determinada.

Así también se puede dar el caso que atienda a las argumentaciones de la otra parte por condiciones personales como ser buen padre de familia, poseer un buen status social o tener una educación superior.

(ii) **Falacia “*Ad Ignoratiam*”:** Ella consiste en defender la validez de un argumento basándose en la idea de que nadie ha podido demostrar lo contrario. Ello se puede presentar cuando el juzgador se excusa de resolver un caso argumentando que no existe una ley que le permita hacerlo.

- (iii) **Falacia “*Ad Verecundiam*”**: O falacia de autoridad, mediante ella, el juzgador defiende un argumento basándose en que es sostenido por un especialista en la materia. Este tipo de falacia es bastante común en la actividad judicial, ya que no es infrecuente citar los trabajos doctrinarios de juristas especialistas en la materia del caso que tiene que resolver, sin embargo para que ello sea válido es necesario que el juzgador considere que los argumentos de los especialistas se realizan en abstracto, por lo que el juez no podría citarlos sin adecuarlos y establecer su eficacia a un caso concreto.
- (iv) **Falacia “*Ad Populum*”**: Es una variante de la falacia de autoridad, para ello, el juzgador basa sus argumentos en la opinión de la mayoría. Es verdad que la legislación tiene como una de sus prioridades ser predictiva, es decir que se puedan pronosticar las consecuencias de un acto determinado y por ello es posible la creación de precedentes jurisprudenciales, sin embargo ello no obsta para que el juzgador, si considera que dichos precedentes no solucionan un caso de la forma más adecuada y el juez puede ofrecer una solución más razonable al caso concreto, puede apartarse del precedente establecido, siempre justificando dicha decisión en la motivación de su sentencia.
- (v) **Falacia “*Ad Antiquitatem*”**: Mediante ella, una tesis es proclamada como correcta basándose en que ésta ha sido tradicionalmente considerada correcta durante un gran lapso de tiempo. Es similar al uso de los precedentes en la falacia “*ad populum*” pero es este caso atendiendo a la validez temporal del precedente. Sin embargo a pesar de que los precedentes judiciales tienen como finalidad resolver casos similares en una determinada sociedad por un gran lapso de tiempo, es necesario que el juzgador reflexiones si dichos pronunciamientos jurisprudenciales tiene validez en el momento actual, de modo que es necesario verificar la razonabilidad de ellas en el presente.
- (vi) **Falacia “*A Silentio*”**: O “*ex silentio*”, mediante ella se da validez a los argumentos de una de las partes por el silencio al respecto de la otra parte. Se

puede presentar el caso que la parte demandada no se pronuncie sobre una de las alegaciones jurídicas de la parte demandante, por lo que el juzgador considere como ciertas las alegaciones de ésta por no encontrarse pronunciamiento al respecto de aquella. Sin embargo es necesario que el juzgador haciendo uso de principio "*iura novit curia*" verifique y examine si la fundamentación jurídica presentada por las partes son adecuadas y en caso de no serlas, aplicar aquella que si se ajustan al caso concreto.

- (vii) **Falacia de Falsa Analogía:** Consiste en comparar situaciones diferentes como si fueran semejantes. El juzgador debe ser cuidándose al utilizar la analogía, pues si bien nuestra legislación lo permite debe tener presente las restricciones que la misma ley prevé para su adecuada utilización en un caso concreto.
- (viii) **Falacia de Ambigüedad:** Se presenta cuando el juzgador utiliza un determinado término asignándole diversos significados en un mismo razonamiento. Ello se presenta debido a las falencias lingüísticas de las palabras, sin embargo el juzgador debe ser cuidadoso de otorgar un solo sentido a los términos utilizados en su justificación, de modo que pueda ser fácilmente comprensible el mensaje de su razonamiento.
- (ix) **Falacia de Oscuridad:** Una argumentación jurídica es oscura cuando no es fácilmente comprensible el mensaje de ésta, debido a la utilización de términos que lo dificultan. Es común encontrar este tipo de falacia en los textos de las sentencias debido a un excesivo uso de la terminología judicial, por lo que es recomendable que el juzgador haga uso de ella sin caer en el exceso, debido a que como se mencionó anteriormente las personas comunes y corrientes no tiene por qué conocer dicha terminología, a su vez que facilita su derecho de defensa.

## (2) La “*Quaestio facti*”

(a) **Principios procesales rectores de la “*quaestio facti*”:** Con referencia a la actividad probatoria toman relevancia fundamental los principios de acción y contradicción, así como el de inmediatez, por lo que es obligatorio hacer una referencia a ellos previo al desarrollo de la valoración de pruebas, el establecimiento de los hechos probados y su respectiva motivación en la sentencia.

(i) **Los principios de acción y contradicción:** La presentación de los hechos tiene como base el reconocimiento del derecho de acción del demandante y el correspondiente de contradicción otorgado a la parte demandada; estos dos derechos, están reconocidos en nuestro ordenamiento legal en el artículo 2°<sup>232</sup> del Código Procesal Civil, y reforzada por el derecho de petición establecido en el artículo 2° inciso 20<sup>233</sup> de la Constitución Política, sin embargo éste derecho (el de petición) en la doctrina nacional presenta posiciones encontradas con respecto a si ella es el fundamento del derecho de acción.

Por una parte se sostiene como defiende Bernales Ballesteros<sup>234</sup> que “en realidad, el derecho de petición es una relación administrativa entre la autoridad y la persona y, por consiguiente, asume en el tipo de relación, la naturaleza del procedimiento administrativo. De ahí que estimemos que las normas fijadas para los procedimientos administrativos deben ser aplicados al derecho de petición”. Posición contraria es sostenida por Hinostrza Mínguez<sup>235</sup>, quien sostiene que a través del derecho de acción “se manifiesta el interés del accionante en la solución de la controversia, fundándose principalmente en el derecho constitucional de petición”.

Personalmente me adscribo a la última posición, pues el artículo constitucional comentado señala que por el derecho de petición las personas tiene derecho

---

<sup>232</sup> Artículo 2° del Código Procesal Civil: Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

<sup>233</sup> Inciso 20 del artículo 2° de la Constitución Política: Toda persona tiene derecho: (...) a formular peticiones individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad (...).

<sup>234</sup> Bernales Ballesteros, Enrique, op. cit., p. 159.

<sup>235</sup> Hinostrza Mínguez, Alberto, op. cit., p. 56.

individual o colectivamente (está última se identificaría con la figura del litisconsorcio regulado en el artículo 92° del Código Procesal Civil) a formular peticiones a la autoridad competente (donde se puede incluir perfectamente a la autoridad jurisdiccional y no solo a la administrativa), la cual debe darle o darles una respuesta por escrito, dentro del plazo legal y bajo responsabilidad (esta respuesta en el plano judicial sería la sentencia, la cual está obligada a pronunciarse con los mismos requisitos señalados para el derecho de petición). Así, la diferencia fundamental entre el derecho de acción procesal y el de petición constitucional, sería fundamentalmente que el derecho de acción viene a reglamentar de manera específica el derecho de petición dentro del proceso civil.

Con respecto en específico al derecho de acción regulado en el Código Procesal Civil, este puede ser definido como “un derecho autónomo y abstracto, tendiente a la obtención de protección jurídica efectiva canalizado por el Estado a través del órgano especializado respectivo (jurisdiccional) a raíz de su materialización con la presentación de la demanda (o solicitud), instrumento procesal que pone en marcha el aparato judicial”<sup>236</sup>. Es necesario hacer énfasis en la característica “abstracta” de este derecho, ya que en doctrina se diferencia entre derecho de acción concreta y abstracta<sup>237</sup>: la primera entiende el derecho de acción como aquella que tiene por finalidad un pronunciamiento favorable del juzgador a una pretensión, mientras que la segunda, entiende el derecho de acción como aquel derecho a obtener un pronunciamiento favorable o no por parte del órgano jurisdiccional, ello es importante pues, el juzgador deberá decidir a cuál de las partes en contienda favorece con su decisión, basándose para ello en los argumentos jurídicos y fácticos que le suministren las partes o que el propio juez atendiendo a la naturaleza de la pretensión decide aplicar o practicar.

La contraparte del derecho de acción es el derecho de contradicción, pues actualmente no podría entenderse un debido proceso legal sin que se permita la participación activa de la parte en contra de quien se dirige la demanda,

---

<sup>236</sup> Ídem.

<sup>237</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit., p. 87.

aportando su punto de vista con respecto a la “*Litis*” mediante la presentación de argumentos jurídicos y facticos que fortalezcan y avalen su posición en el proceso. Sin embargo, no es necesario que ella sea ejercida de manera efectiva, pues puede suceder que el demandado no tenga ningún interés en ejercer dicho derecho, por lo que si no lo hiciera, el proceso no se detiene por dicha causa, por otro lado si decidiera accionar dicho derecho mucho tiempo después de iniciado el proceso, no podría pretender que todo lo actuado hasta dicho momento se invalide, argumentando no haber hecho uso efectivo del derecho de contradicción.

- (ii) **El principio de inmediación:** Este principio procesal está recogido en el artículo V del Código Procesal Civil, el cual dispone que las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad, exceptuándose las actuaciones procesales por comisión, lo cual, es reforzado por el artículo 202° del mismo cuerpo legal que establece que la audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad.

Mediante el principio de inmediación se reconoce la necesidad de una comunicación personal entre el juzgador y las partes del proceso, así, Couture<sup>238</sup> señala que “el nombre de principio de inmediación se usa para referirse a la circunstancia de que el juez actué junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores, etc.”. Este principio debe ser considerado como un logro del moderno proceso civil, pues como se vio anteriormente con respecto al papel del juzgador durante la edad media, este debía apartarse de todo contacto con las partes a fin de garantizar la imparcialidad en sus pronunciamientos.

Por otro lado la inmediación puede ser<sup>239</sup> “subjetiva” por la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean las partes o terceros; “objetiva” al referirse a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del proceso; y la

---

<sup>238</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., p. 36.

<sup>239</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit., p. 57.

inmediación de “actividad” opera cuando se prescribe el contacto del acto probatorio con otro acontecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba.

Como se mencionó, además del artículo V, la inmediación es también establecida en el artículo 202° del Código Procesal Civil, instaurando dicho principio en la audiencia de pruebas, en la cual el juzgador se pone en contacto directo con las partes y la actuación de las pruebas ofrecidas por las partes o solicitadas de oficio por el mismo juez. Dicha audiencia tiene como objeto demostrar el grado de veracidad de los hechos alegados por las partes, de tal manera que estas tratarán de crear convicción en el juzgador sobre la hipótesis de los hechos que sostienen.

El principio de inmediación en la audiencia es garantizado por la naturaleza oral de dicho acto procesal, sin que se altere su esencia verbal por la mera transcripción de lo acontecido en dicha audiencia. Por otro lado es destacable que la presencia del juzgador en dicha audiencia es totalmente necesaria al grado de que su inasistencia devenga en la nulidad de dicho acto procesal ya que ello vulneraría el derecho a un debido proceso legal.

- (b) **La finalidad del proceso con respecto a la “*quaestio facti*”:** La doctrina procesalista tradicional propugnaba la diferencia entre los fines del proceso dependiendo del contexto procesal, así se estimaba que la verdad solamente era objetivo del proceso penal y la resolución del conflicto era interés del proceso civil, sin embargo las modernas teorías procesalistas civiles defienden la inclusión como objetivo del proceso civil la búsqueda de la verdad, ello conllevaría ciertas consecuencias como que “se deberían eliminar todas las reglas de prueba legal o tasada y (...) todas las reglas que excluyan la admisión de pruebas que puedan resultar útiles para la determinación de la verdad. Además deberían ser aplicados y reforzados todos los instrumentos procesales (como el

derecho a la prueba) que puedan maximizar la probabilidad de que se llegue a conocer la verdad sobre los hechos”<sup>240</sup>.

Así, con respecto a la finalidad del proceso se pueden distinguir dos ideologías, por una parte aquella que defiende que la finalidad del proceso es la solución de conflicto y otra que propugna que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad.

**(i) La resolución de conflictos:** Por un lado la primera ideología propone que en el proceso el juez tiene un rol pasivo, dejando a las partes la dirección del proceso y proponiendo en exclusiva las pruebas que consideren pertinentes, así Taruffo citando a Mirjam Damaska señala que “un proceso dirigido a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede (...) aspirar al mismo tiempo a maximizar la corrección de la determinación de los hechos (...) el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a como hayan ocurrido realmente las cosas”<sup>241</sup>

Frente a la posición defendida por autores como Taruffo que defienden la búsqueda de la verdad en el proceso, la postura que justifica a la resolución de conflictos como la única finalidad del proceso es sostenida por juristas como Carnelutti<sup>242</sup> quien señalaba que “de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal (...). Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, *sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos*”.

---

<sup>240</sup> Taruffo, Michele, “Tres observaciones sobre “porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan”, (trad. Jordi Ferrer Beltrán) en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 28, Universidad de Alicante, Alicante, 2005, p. 118.

<sup>241</sup> Taruffo, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, (trad. Raymundo Gama), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 29, Universidad de Alicante, Alicante, 2006, pp. 263 – 264.

<sup>242</sup> Beltrán I Ferrer, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, Santiago Ortega Gomero (ed.), Proceso, prueba y estándar, Ara editores, Lima, 2009, p. 56.

Así, “la función del litigio civil es proveer a las partes de una maquinaria institucional para la resolución de sus conflictos”<sup>243</sup>. Esta posición defiende como fin del proceso la resolución del conflicto, lo cual lleva a establecer que el tipo de proceso en el que tiene lugar ello es el sistema adversarial en el que el juzgador solo tiene la función de emitir una decisión, dejando el protagonismo procesal a las partes.

Esta posición clásica se justifica en el hecho de que es común incluso al día de hoy, tanto por juristas como legisladores, de preocuparse únicamente por los procedimientos de derecho aplicables a las pruebas, dejando de lado aquellos criterios que no son específicamente jurídicos. Para esta posición lo que realmente interesa es que el conflicto se resuelva con una decisión que para las partes sea suficientemente satisfactoria, por otro lado debido a la limitación del papel del juzgador que no estaría interesado en encontrar la verdad, no sería posible que de oficio practique alguna prueba, pues serían las partes las únicas autorizadas a presentar pruebas, por lo que de dicho modo la calidad de la decisión se vería disminuida.

Sin embargo no debe olvidarse que “un buen juez no solo debe conocer las normas sobre admisibilidad de las pruebas o sobre el procedimiento probatorio, sino también los métodos de conocimiento de otras ciencias, dado que su labor es muy semejante en lo esencial a la de científicos e historiadores”<sup>244</sup>, por ello el juzgador no solo debe atender a la llamada “verdad formal”, es decir al procedimiento que el sistema jurídico pone a su disposición para resolver conflictos llevados ante él, sino sobre todo atender a la “verdad material” es decir a establecer si realmente los hechos que sirven de base a la “*quaestio facti*” se demuestran que han ocurrido en un grado de probabilidad mayor a otras.

---

<sup>243</sup> Taruffo, Michele, “Recolección y presentación de evidencia en el litigio civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas”, (trad. Patricia Montoya Ruiz) Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad, Ara editores, Lima, 2009, p. 42.

<sup>244</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti. ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Palestra, Lima, 2005, p. 107.

Así las cosas, la decisión del juzgador no tendría ningún tipo de importancia, pues sería únicamente necesario que las partes convengan en que dicha resolución les satisfice y están de acuerdo con ella, sin saber si los hechos tenidos como probados son realmente los más probables, por lo que existirían formas más fáciles de resolver el conflicto como<sup>245</sup> las ordalías, una extracción al azar o lanzando una moneda, ya que el proceso en sí tendría únicamente una función ritualista, así “el proceso y en particular, la adquisición de pruebas tendrían como única finalidad hacer que cualquier decisión, al margen de la justicia intrínseca y de su relación con los hechos de la causa, sea aceptada por sus destinatarios”.

- (ii) **La búsqueda de la verdad:** Por otro lado la ideología que defiende la búsqueda de la verdad en el proceso sostiene que una decisión será justa si se basa en pruebas que se hayan corroborado su valía en el proceso. Frente a este punto, existen posiciones que señalan que la búsqueda de la verdad es imposible, por lo que no podría definirse a algunas pruebas como verdaderas.

Defender la postura de la búsqueda de la verdad en el proceso no niega la finalidad de resolver el conflicto, sino que se antepone a ella, pues en este caso si interesará la calidad de la decisión que tome el juzgador, al basarse en hechos corroborados con pruebas que justifican su adopción, por lo que es necesario que el juez acoja criterios racionales y jurídicos para establecer el grado de probabilidad de un hecho.

Debido a ello, el juez no tendría (con respecto al ofrecimiento de pruebas) un rol pasivo, sino que, si es necesario ordenará se practique pruebas adicionales que permitan determinar la verdad de un hecho tal como es establecido en nuestro Código Procesal Civil. Esta finalidad (la búsqueda de la verdad en el proceso) sería imposible de alcanzar si se dejara el proceso solo en manos de las partes, pues, cada una de ellas estará interesada más en que su posición prevalezca sobre la otra, sin importarles si su posición es la más probable o

---

<sup>245</sup> Taruffo, Michele, “*Poderes probatorios...*” p. 265.

justificable, por lo que es necesaria la participación del juez a fin de determinar cuál de aquellas posiciones es la más valedera.

Por otra parte la posibilidad de que el juez pueda ordenar practicar pruebas adicionales si lo considera necesario no disminuirá el derecho de defensa de las partes, ya que en todo caso el juzgador está predeterminado por los hechos sostenidos por las partes, por lo que a fin de poder establecer con un mayor grado de certeza qué posición es la más probable, es necesario agotar todo tipo de procedimiento a fin de determinar como probado un hecho.

Como se vio, la búsqueda de la verdad en el proceso tiene como pilar la posibilidad jurídica de participación activa del juzgador al determinar la mayor o menor probabilidad de los hechos sostenidos por las partes en base a las pruebas sobre las que se fundan, sin embargo, adicionalmente a las objeción de imposibilidad de conocer la verdad en el proceso se puede señalar una adicional, la que sostiene que este tipo de participación activa en la determinación de los hechos, podría favorecer la posición de una de las partes en desmedro de la otra, por lo que el juez perdería su imparcialidad.

Esta posición carecería de sentido incluso si el juzgador no propone ninguna prueba adicional en el proceso, ya que por ejemplo no se considera que un juez es imparcial cuando “admite o excluye una prueba propuesta por una parte, o cuando reduce las listas de testigos o cuando cierra la instrucción probatoria”<sup>246</sup>, en todo caso de existir algún tipo de imparcialidad con respecto al juicio de hecho, la parte afectada tiene a su disposición en primer término la motivación de la “*quaestio facti*” de la sentencia, la cual se puede examinar y determinar la existencia de algún error intencional o no en la determinación de los hechos, quedando expedito si lo considerase necesario impugnar dicha sentencia y elevar a examen la decisión del juez “*a quo*” al juez “*ad quem*”.

Esta confrontación entre quienes sostienen que el juzgador mediante su labor procesal, especialmente con respecto a la “*quaestio facti*” puede llegar a

---

<sup>246</sup> *Ibíd.*, p. 270.

conocer la verdad (probable) de los hechos y aquellos que niegan dicha posibilidad es identificada por Gonzales Lagier<sup>247</sup> en las posiciones filosóficas del escepticismo radical y el objetivismo crítico; con respecto al escepticismo radical, esta sostiene que los hechos no pueden ser percibidos por las personas de manera directa, sino que se presentan mediante teorías o llenos de valoraciones subjetivas, por lo que los hechos en su estado puro estarían fuera del alcance de las personas y dentro del contexto judicial, del juzgador.

La preocupación sobre el conocimiento real de los hechos permitió el desarrollo del concepto de “afirmación del hecho”, así el citado autor español haciendo referencia a Asencio Mellado señala que “no son los hechos en sí, los cuales son o no son y en consecuencia, a decir de Serra, no requieren ser probados, siendo así que, además, los hechos se caracterizan por ser fenómenos exteriores ya acontecidos, no presenciados, por tanto, por el juez ni susceptibles de volver a acaecer; el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes”.

Así mismo cita a Miranda Estrampes quien señala que “el hecho, como fenómeno exterior del hombre, existe o no en la realidad extraprocesal con independencia del resultado de la prueba. En cambio, las afirmaciones, que las partes realizan, en el marco del proceso, en relación a tales hechos sí que son susceptibles de demostración de su exactitud”.

Particularmente considero que dicha diferenciación es acertada y de utilidad en el proceso civil, ya que la verdad en el proceso es solamente probable, es decir, no se pretende tener una certeza absoluta de los hechos, sino resolver el conflicto atendiendo a que hechos o afirmaciones de los hechos tiene más peso en relación a las pruebas aportadas por las partes.

Con respecto al objetivismo crítico, esta puede ser aplicada de mejor manera al proceso civil, pues si bien reconoce las dificultades de conocimiento de los hechos, considera que es posible conocer objetivamente datos de la realidad,

---

<sup>247</sup> Gonzales Lagier Daniel, “*Quaestio facti...*”, pp. 35 – 38.

de manera que en el contexto judicial, el juzgador pueda establecer racionalmente que hechos son objetivamente probados y considerados por lo tanto verdaderos en un conflicto concreto, ya que si bien las afirmaciones de las partes, es decir sus hipótesis sobre los hechos tienen una connotación subjetiva pues están encaminadas a favorecer sus respectivas posiciones, es labor del juez establecer que hipótesis de los hechos es la que se presenta como más probable.

Cabe resaltar que a pesar de que existen detractores a la posibilidad de conseguir la verdad en el proceso, es preciso recordar el antiguo precepto romano “*ultra posse nemo obligatur*”<sup>248</sup> (“uno no está jamás obligado más allá de los límites de lo posible”), con ello lo que se hace no es sino reconocer los límites a los que el juzgador y cualquier persona en general que busque establecer la verdad de un hecho están sometidos, por lo que aquellos que sostienen una posición escéptica sobre la posibilidad de establecer la verdad en el proceso, deberían recordar que es más dañino entregarnos a la irracionalidad basados en la imposibilidad de conseguir una verdad absoluta, puesto que es más saludable y recomendable establecer criterios de prueba que nos acerque lo más posible a la verdad, teniendo en cuenta en todo momento que la verdad en el proceso es siempre relativa, así, “los jueces no “crean” ninguna verdad, sino que declaran que han decidido aceptar como (probablemente) verdadero (correspondiente a la realidad) una determinada reconstrucción de los hechos. Y, aunque su decisión sea inapelable, pueden estar equivocados”<sup>249</sup>.

Además de lo mencionado, es decir el reconocimiento de la imposibilidad de que el juzgador tenga un conocimiento absolutamente certero de un hecho en el proceso, éste está obligado a respetar ciertas reglas debido al carácter institucional de su actuación, así Cavallone señala acertadamente que el juzgador está prohibido a “buscar fuera del proceso (...) los hechos secundarios de los que pueda depender tanto la demostración como la exacta configuración

---

<sup>248</sup> Beltrán I Ferrer, Jordi, op. cit., p. 59.

<sup>249</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*” p. 103.

del hecho afirmado”<sup>250</sup>, ello pues debido a que son las partes las que van a establecer los hechos que se deben demostrar, por lo que el juzgador no puede incluir hechos que no hayan sido ofrecidos por las partes a fin de establecer la hipótesis que se encuentra mejor probada.

**(c) Los enunciados fácticos:** Se debe tener siempre en consideración que “un enunciado fáctico nunca está *dado* por sí mismo en una situación alguna, sino que es formulado por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica”<sup>251</sup>.

Así, un hecho es un evento y no un objeto físico, esta diferenciación es fundamental, ya que un objeto de por sí no prueba si es verdadero o es falso, sino que ello es una propiedad de los eventos, así, en el ámbito probatorio, los eventos propuestos por las partes buscan crear convicción en el juzgador, es decir lo que se pretende probar no es un objeto en sí, sino una propiedad de éste como su existencia, por lo que por ejemplo se podrá probar la existencia de consentimiento de una persona “x” en un documento, o la posesión de un predio en manos de “y”.

La declaración de un enunciado factico tiene como antecedente su “construcción” atendiendo a diversos requisitos, Taruffo agrupa estas construcciones en cuatro categorías:

**(i) La construcción selectiva:** En la cual, quien elabora el enunciado factico, solamente va a incluir aquellos elementos que para él tengan alguna relevancia, dejando de lado aquello que no tiene ningún valor en dicha elaboración. En el contexto del proceso se deberá tener en consideración elementos de tipo jurídico y lógico, ya que teniendo en cuenta el derecho (elemento jurídico) se elaborará el enunciado factico considerando aquella figura abstracta del derecho en la que deberá enmarcarse o subsumirse dicho enunciado, y además debe tener en consideración que dicha construcción obedece a un orden de

---

<sup>250</sup> Cavallone Bruno y otro, “*Verifobia, un dialogo sobre prueba y verdad*”, (trad. Maximiliano Aramburo) Palestra, Lima, 2012, p. 34.

<sup>251</sup> Taruffo, Michele, “*Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*”, (trad. Maurizio Betti y Rodrigo Coloma) en *Discusiones*, Año III, Nro. 3, Universidad del Sur, Buenos Aires, 2003, p. 18.

lógicidad, pues de esta manera los diversos hechos secundarios se relacionan con el hecho principal de manera coherente en la decisión final, de manera que los hechos secundarios se vuelven premisas del hecho principal.

- (ii) **La construcción semántica:** Debido a que el enunciado factico es una entidad lingüística, se deberá tener en consideración el uso adecuado de las reglas gramaticales, además de atenderse de modo diferenciado si el enunciado es “descriptivo” o “valorativo”, ya que por ejemplo dentro del proceso judicial, si se hace referencia al contenido de un testimonio de testigo éste será descriptivo y por otro lado si el juzgador hace referencia a la capacidad probatoria de dicho testimonio éste será de tipo valorativo.
- (iii) **La construcción cultural:** En un enunciado factico, sobre todo en los sostenidos por las partes, éstos tienden a incluir “presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos” que “a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva y exclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales”<sup>252</sup>.
- (iv) **La construcción social:** El contexto social en donde se realiza un enunciado fáctico, tiene mucho que ver en el modo en que se elabora y en por qué se elabora dicho enunciado, así tomando un ejemplo del jurista italiano citado, se puede decir que si una persona “x” considera insoportable la convivencia con su cónyuge porque éste ha tenido un comportamiento adultero, ello solo estaría justificado en aquel contexto social en el que el adulterio es una práctica contraria a las reglas sociales de dicho lugar.

Como se vio, los enunciados probatorios o “hechos a probar” en general tienen en consideración en su construcción diversos aspectos, sin embargo en el “contexto judicial” se debe tener en consideración determinados elementos que darán como resultado la relevancia o no de un hecho, así en primer lugar el

---

<sup>252</sup> *Ibíd.*, p. 20.

juzgador debe tener en cuenta la relevancia jurídica de los hechos, pues solamente son capaces de producir una calificación jurídica aquellos hechos que son capaces de provocar consecuencias jurídicas, sin perder de vista que son las partes los que aportan los hechos y sobre ellos el juez debe basar su decisión y justificar en la motivación porque considera verdaderos unos hechos y otros no.

Además de ello, en la construcción del enunciado fáctico del juez, es decir en el juicio de hecho de su decisión, debe tener en cuenta que en el proceso no existe una narración unitaria de los hechos, sino que entran en conflicto diferentes versiones de los hechos, de los cuales el juzgador deberá elegir aquella que considere verdadera en contraste con las versiones que considere falsas, por lo que deberá considerar los aspectos lógicos y jurídicos mencionados, es decir si bien las partes determinan los hechos del proceso, es el juzgador quien decidirá que “versión de los hechos” es la más probable.

Ello en razón a los derechos de acción y contradicción desarrollados, lo que permiten a las partes ofrecer al juez las pruebas en las que basará su decisión sobre los hechos, por lo que pueden presentarse las siguientes situaciones<sup>253</sup>: “1) existencia de dos versiones sobre un mismo hecho, cuando una parte niega el *factum* de su contraparte; 2) existencia de dos hechos que se excluyan, cuando uno de los litigantes alegue un hecho impeditivo o extintivo del hecho constitutivo de su contraparte; 3) existencia de dos hechos que se complementen respectivamente, cuando se haya alegado un hecho modificativo del hecho constitutivo de su contraparte”

- (d) **Sobre la prueba:** Taruffo sostiene que “en términos muy generales se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver una incertidumbre”<sup>254</sup>. Al respecto, nuestro Código Procesal Civil reconoce 2 tipos de pruebas, de un lado los medios de probatorios típicos en el artículo 192°, los cuales son las declaraciones de parte y testigos, los documentos, la pericia y la

---

<sup>253</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 190.

<sup>254</sup> Taruffo, Michele, “*Algunas consideraciones...*”, p. 30.

inspección judicial, y de otro lado en el artículo 193° los medios probatorios atípicos, que están constituidos por auxilios técnicos y científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios.

Esta diferenciación a mi parecer no es acertada pues los conocimientos técnicos y científicos que se ponen a disposición del juez para resolver un conflicto se manifiestan en las pericias que puedan practicarse dentro del proceso, así una pericia en la cual se tenga como finalidad establecer la paternidad de una persona, necesitará de conocimientos científicos en biología, o cuando se necesite establecer la capacidad mental de una persona que se pretende declarar interdicta, se necesitará una pericia de un especialista con conocimientos científicos por ejemplo en psicología, y así por el estilo.

Por otro lado cabe mencionar que si bien en principio el juzgador debe tener en consideración en la elaboración del juicio de hecho todas aquellas pruebas que tengan relevancia, debe excluir de su relato aquella prueba que aunque relevante haya sido obtenida de manera ilícita, pues ello viola la protección de los derechos fundamentales que garantiza nuestra constitución, así el Tribunal Constitucional señala que “la prueba ilícita, es aquella que en cuya obtención o actuación se lesionan los derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”<sup>255</sup>. También nuestro Código Procesal Civil establece en su artículo 199° que carecen de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.

Adicionalmente en doctrina se diferencia entre pruebas directas e indirectas o indiciarias, al respecto podría pensarse que la prueba directa es aquella mediante la cual el juzgador conoce, valga la redundancia, directamente la realización de un hecho sostenido por alguna de las partes, mientras que la indirecta es aquella mediante la cual el juzgador no conoce directamente un hecho pero que puede inferir de dicho medio de prueba su realización en un momento determinado.

---

<sup>255</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente Nro. 2053-2003-HC/TC del 15 de Septiembre del 2003

Cabe señalar en relación a dicha diferenciación, la similitud señalada en diversos escritos iusfilosóficos sobre la similitud del trabajo del juez y del historiador, ya que ambos tiene como herramientas de trabajo hechos pasados, no teniendo la posibilidad de percibirlos directamente en el presente, por lo que a pesar de que podría pensarse que son pruebas directas los medios probatorios típicos establecidos en nuestro sistema legal y que son indirectos aquellos denominados sucedáneos de los medios probatorios, en especial el indicio, establecido en el artículo 276° del Código Procesal Civil, ello es incorrecto, pues todos los medios probatorios tiene como objeto hechos ocurridos en el pasado cuya percepción directa es imposible por parte del juzgador, salvo la inspección judicial, pues tiene como objeto “los hechos ocurridos *antes*, pero que aún subsisten, total o parcialmente”<sup>256</sup>.

Así las cosas la distinción entre prueba directa e indirecta es más bien una “cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de experiencia”<sup>257</sup>.

Finalmente es resaltable que el vínculo entre prueba y hecho es ineludible, pues las pruebas son lo que hace a un hecho probado, y por otro lado, un hecho será verdadero o probable en consideración de las pruebas que le sirvan de sustento.

**(i) La finalidad de la prueba:**

**1. La prueba como medio de conocimiento de los hechos:** En doctrina se verifican dos posiciones al respecto de la naturaleza de la prueba, por un lado están aquellos que sostienen que la prueba es un medio de conocimiento de los hechos por el juzgador, pues como menciona Ramírez Carvajal<sup>258</sup>, el modelo cognoscitivista “abandona la formación del convencimiento del juez a través de la emotividad o la intuición, y afirma, que la formación de la premisa menor en el juicio, se elabora a través de instrumentos que sirven para describir el conocimiento de los hechos por el juez”; mientras que otros

<sup>256</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., p. 515.

<sup>257</sup> González Lagier, Daniel, “*Quaestio Facti...*”, p. 94.

<sup>258</sup> Ramírez Carvajal, Diana María, “*Perspectiva contemporánea de la pretensión procesal*”, Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad, op. cit., p. 77.

sostienen que las pruebas son solo un medio para causar convicción en el juzgador, es decir serían un objeto de persuasión.

Personalmente considero que las pruebas son un medio de conocimiento, los cuales determinarían la verdad de los hechos sostenidos por las partes en un proceso, sin embargo hay que resaltar que dicha verdad, no es absoluta sino relativa, pues en el contexto judicial no es posible hablar de verdades absolutas, por lo que a pesar de que los medios probatorios sirven para persuadir sobre la veracidad de los hechos sostenidos por las partes, es insostenible que se niegue la posibilidad de que los medios de prueba puedan ser instrumentos que nos puedan decir algo sobre la verdad de los hechos en el proceso.

Ello tiene connotaciones relevantes en el campo de la motivación de la decisión, pues si se considera a la prueba como una mera herramienta de persuasión, el juzgador no estaría obligado a justificar su decisión con respecto al juicio de hecho, pues la motivación atendería al plano psicológico del juzgador y por tanto se consideraría a la motivación como una explicación de la decisión tomada, más no justificaría por qué un hecho es considerado como probado; además de ello sería imposible realizar un control interno y externo de la decisión, pues no existirían parámetros que orientes a las partes, al juez “*ad quem*” o a la ciudadanía en general para establecer la corrección de la decisión del juez “*a quo*”.

Adicionalmente en la concepción cognoscitivista se puede identificar el llamado “cognoscitismo acrítico”<sup>259</sup> la cual considera por un lado, como imposible establecer criterios racionales en la valoración de la prueba y por otro que la decisión del juzgador se funda en “certezas absolutas que serían incontrovertibles porque representarían “estados de conciencia” que se forman en las interiores e inescrutables profundidades del ánimo del juez”, respecto a ello cabe resaltar 2 aspectos, por un lado la tendencia irracionalista y psicologista de la valoración, la cual no es aceptable desde el punto de vista

---

<sup>259</sup> Taruffo Michele, “*La prueba, artículos y conferencias*”, editorial Metropolitana, Santiago, 2009, pp. 27 – 28.

de la motivación de la “*quaestio facti*”, y de otro lado el carácter de certeza absoluta que tendrían los hechos que forman el “*iter*” factico, por lo que es necesario resaltar que la verdad judicial no debe considerarse de ningún modo absoluta, sino relativa.

- 2. La prueba como instrumento de persuasión:** Por otro lado considerar a la prueba como únicamente un elemento persuasivo tendría lugar si se considerara que el juzgador no debe realizar un examen pormenorizado de cada uno de los medios probatorios aportados por las partes y realizar únicamente una valoración en conjunto de ellas sin establecer su nivel probatorio, es decir considerando a todas las pruebas aportadas por las partes con el mismo valor probatorio, solo así se puede decir que las pruebas son un instrumento de persuasión; en cambio si se exige al juzgador previo a la valoración conjunta de las pruebas, establecer individualmente el valor probatorio de cada una de ellas, de manera que se pueda establecer que hechos son realmente probados y cuales no lo son, en dicho caso las pruebas sí serán consideradas como un medio de conocimiento de los hechos materia del proceso.

Cabe destacar también que, si bien las pruebas pueden ser consideradas como elementos persuasivos, ello solamente sería secundario, pues si se estimase que es su única finalidad, la decisión del juzgador estará dada por aquella que se presente más coherente con respecto a la otra. Sin embargo, a pesar de que una versión coherente de los hechos puede ser indicio de su validez, ello no es suficiente, ya que el juez deberá verificar si las pruebas aportadas por las partes prueban los hechos que sostienen (ello claro si se considera a las pruebas como elementos que permitan al juzgador establecer la veracidad de los hechos). Es más, si se consideraran a las pruebas como solamente persuasivas, estas (las pruebas) carecerían de sentido, pues el juzgador solamente acogerá aquella versión que le pareciere más convincente, por lo que se atendería a una valoración irracional de la prueba.

Así, “la concepción persuasiva refleja el *punto de vista del abogado*, ósea de quien está interesado en ganar la causa, que en hacer que reluzca la verdad, la

concepción cognoscitivista refleja el *punto de vista del juez*”<sup>260</sup>. Ello en razón de que se considera al juzgador como una persona imparcial, que no tiene ningún interés en el proceso, por lo que deberá establecer la versión de los hechos más probable sin atender preferentemente a la posición de una u otra parte, para lo cual resulta ineludible que el juez base su decisión en los hechos tenidos como probados mediante un examen individual y no solamente establezca su juicio de hecho basándose en lo persuasivo que pueda ser una posición sin tener en cuenta el valor probatorio de las pruebas aportadas.

Sin embargo a pesar de que <sup>261</sup>“a los jueces, la honestidad, la independencia, y la libertad de juicio se les presupone por razón de oficio, (...) no tienen patente de corso para decidir como quieran, pues no basta que estén guiados por la buena fe y la sabiduría individual, sino han de argumentar para convencernos”, por lo que dicha argumentación debe ser exhaustiva y mostrar con suficiencia las razones por las que el juez sostiene una decisión determinada.

(ii) **Sistemas de valoración de la prueba:** Con respecto a la valoración de la prueba existen dos sistemas, el de libre valoración y el de prueba legal o tasada.

**1. La libre valoración de las pruebas:** Dentro de este tipo de valoración se pueden presentar dos variantes, por un lado aquella de corte irracional que permite al juzgador establecer de manera arbitraria los hechos probados sin ningún tipo de parámetro, y por otro un de corte racional que señala que a pesar de que la probabilidad de un hecho se basa en la libre convicción del juez, ello no significa que no pueda guiarse por márgenes racionales que hagan justificable su decisión en la motivación de los hechos.

a. **La íntima convicción:** Con respecto a la primera posición irracionalista cabe señalar que si se aceptara como viable este tipo de valoración, sería

---

<sup>260</sup> Gascón Abellán, Marina, “*Concepciones de Prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad de Michele Taruffo*”, *Discusiones*, Año III, Nro. 3, Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires, 2003, p. 53.

<sup>261</sup> García Amado, Juan Antonio, “*La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*”, *El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, op. cit., p. 169.

imposible solicitar una motivación de la decisión sobre los hechos al juez, puesto que la fuente de la decisión del juzgador solamente será su mera convicción íntima, y sería ésta la que marcaría los límites dentro de los cuales se valora la prueba y se establece como probados unos hechos, de modo que en todo caso lo que podría alcanzar el juzgador a las partes no sería otra cosa que una explicitación de su “*iter*” mental interno, y como se vio anteriormente, lo que interesa a la motivación no es la explicación de cómo llegó a una decisión el juzgador, sino que se justifique porque su decisión es la más adecuada o correcta o verdadera para solucionar el conflicto.

Por ello, la libre valoración de la prueba no debería suponer una valoración arbitraria y sin ningún tipo de control, basada en la mera subjetividad del juzgador, sin embargo como señala Taruffo<sup>262</sup> ello se da bajo el influjo de la concepción francesa de la “*intime conviction*” la cual es entendida como “persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial”.

Por su parte Gonzales Lagier señala que es difícilmente defendible que la libre valoración de pruebas esté determinado por la íntima convicción del juzgador, pues ello supondría que “el método más fiable para conocer los hechos consistiría en procurar que el sujeto cognosciente llegue a estar convencido de los mismos *sea como sea el razonamiento por el que llegue a ese convencimiento*”<sup>263</sup>.

En este caso sería imposible practicar la motivación de la sentencia con respecto la “*quaestio facti*”, pues la decisión al basarse en la percepción personal del juzgador de la valoración de las pruebas actuadas en el proceso,

---

<sup>262</sup> Taruffo, Michele, “*La prueba, artículos...*” p. 24.

<sup>263</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*”, *El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*, op. cit., p. 310.

no habría un parámetro mediante el cual se pueda controlar la probabilidad o aceptabilidad de dichos medios de prueba.

- b. **La valoración racional:** Por otro lado, está la concepción de libre valoración en la cual se puede verificar la racionalidad de la decisión con respecto a la valoración de las pruebas, ejemplo de ello es el “*zivilprozessordnung*” alemán, el cual en su artículo 286<sup>264</sup> señala que la valoración de la prueba está dirigida a establecer como verdadero o falso un hecho. En este caso sí sería posible y obligatoria la elaboración de la motivación de la “*quaestio facti*” pues el juzgador deberá justificar por qué consideró unas determinadas pruebas para establecer la verdad o falsedad de un determinado hecho alegado por las partes. Similar actitud es asumida en nuestro medio, así el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, produciendo certeza en el juzgador.

La libre valoración o libre convencimiento como señala Taruffo<sup>265</sup> nació en la época de la Ilustración y con la Revolución Francesa, debido a la forma en que los jueces tomadas sus decisiones, lo cual era criticada por pensadores como Voltaire.

A pesar de que, si bien es cierto que el juzgador sobre todo en la audiencia de pruebas tendrá en cuenta las reacciones de las partes y los testigos, lo que puede generarle impresiones de diversa índole que puedan influir en la valoración de los medios probatorios aportados, el juez deberá ser prudente y tratar de que dichas impresiones no condicionen su valoración, para lo cual deberá utilizar criterios como el de probabilidad y aceptabilidad; de no hacerlo así, se estaría configurando la ya mencionada valoración de corte

---

<sup>264</sup> El primer párrafo del citado artículo señala: “el tribunal tiene que decidir de acuerdo a su libre convencimiento teniendo en cuenta el contenido íntegro del proceso y el resultado de la realización de las pruebas, para así considerar una manifestación de hecho como verdadera o falsa. En la sentencia debe detallarse los motivos sobre la base de los cuales arribó al convencimiento judicial”. Pérez Ragone Álvaro, op. cit., p. 229.

<sup>265</sup> Cavallone Bruno y otro, op. cit., p. 58.

psicologista que no hace sino basarse en las convicciones y prejuicios personales del juzgador.

Este, el juzgador, debe ser capaz de dejar a un lado sus preferencias personales y regirse por criterios racionales que hagan justificable su decisión con respecto a los medios de prueba, por lo que aquellas percepciones del juez que no puedan ser racionalizadas, no pueden ser tomadas en cuenta al momento de establecer la fiabilidad de un determinado medio probatorio.

Pese a lo mencionado, Gonzales Lagier<sup>266</sup> señala que el recurso a la íntima convicción estaría justificada, si alguno de los siguientes supuestos serian ciertos: 1) que los hechos llevados a conocimiento del juez no requieran ningún tipo de valoración de su verdad, pues son todos objetivos; 2) que no sea posible la aplicación de ningún tipo de criterio que controle la racionalidad del juicio de hecho; 3) el razonamiento judicial sea de tal particularidad que se diferencie de cualquier otro tipo de razonamiento que busca el conocimiento de la realidad, por lo que no puede estar sujeto a las reglas de razonamiento de estos.

Así, la libre valoración no puede ser entendida como “íntima convicción” ya que de adoptar dicho criterio se estaría cayendo en un enfoque irracionalista, incontrolable e inmotivable.

- 2. La prueba tasada:** El sistema de prueba tasada nace “a partir de finales del siglo XIII, y encuentra su fijación en los tratados del siglo XV y XVI”<sup>267</sup> por lo que podría considerarse un vestigio de la actuación judicial del medioevo, la cual fue criticada por defensores de la libre valoración a finales del siglo XVIII.

---

<sup>266</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*”, pp. 78 – 79.

<sup>267</sup> Cavallone Bruno y otro, op. cit., p. 58.

Gascón Abellán<sup>268</sup> señala que, con relación a la prueba tasada es aplicable el concepto de “cognoscitivismo acrítico” en el cual se “entiende que el fin (un fin instrumental) del proceso es averiguar la verdad de las aserciones litigiosas (...), pero, al concebir la prueba judicial como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la posibilidad de obtener resultados incuestionables”.

Este concepto tiene un punto de encuentro con respecto a la concepción de la prueba como elemento persuasivo, pues en cuanto a la prueba tasada el juez solamente deberá presumir que un hecho en efecto está probado si la ley lo establece de dicho modo, limitando la actividad probatoria del juez, pues la presunción legal implica que un hecho estará probado, si ello es presumido por la ley, por lo que es reconocido por el magistrado como verdadero sin necesidad de prueba alguna, ello limita por tanto una valoración libre de los hechos por el juzgador, pues este no puede valorar o establecer si un hecho es verdadero o no, pues por mandato de ley, el juzgador debe presumir que un hecho efectivamente sí se ha realizado.

Para Colomer la prueba tasada “privilegia las exigencias de certeza frente a las exigencias de justicia, se corresponde con un sistema jurídico en el que reina la desconfianza hacia la libertad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, y resulta ser el natural, aunque no necesario, complemento de un proceso caracterizado por la mediatez y la escritura”<sup>269</sup>.

La prueba tasada se caracteriza principalmente por el hecho de que es “el propio legislador quien de antemano y con carácter abstracto establecía en las normas legales la eficacia y el valor que debía atribuirse a cada medio probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para que tales medios alcanzasen el valor que legalmente se les concedía”<sup>270</sup>. El establecimiento de este tipo de prueba limita la práctica de la motivación en la medida que condiciona una libre convicción sobre la probabilidad de un

---

<sup>268</sup> Gascón Abellán Marina, “*Concepciones de prueba...*”, p. 47.

<sup>269</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., 207.

<sup>270</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*” p. 74.

hecho, pues la propia ley contiene la justificación, de modo que el juzgador no requiere realizar ningún tipo de examen a fin de establecer la probabilidad de ocurrencia de dicho hecho, sino que solamente debe justificar su decisión basándose en que la propia ley ordena que se presuma que un determinado hecho ocurrió, sin posibilidad que se practique prueba en contrario.

Al respecto Hinostroza Mínguez señala que “resulta inadmisibles la prueba en contra del hecho presumido, pero no aquella dirigida a acreditar la existencia del hecho que constituye el presupuesto base para la aplicación de la presunción legal absoluta, esto es, el hecho que le sirve de base”<sup>271</sup>, por lo que tomando un ejemplo jurisprudencial citado por el mismo autor (Casación Nro. 928-98) en la que se señala “el artículo doscientos veintisiete citado (de la ley 26702) establece de manera expresa que el establecimiento de cuentas corrientes por persona naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento de la cónyuge del titular de la cuenta”, por lo que en este caso el juez no tendría que probar la existencia o no del consentimiento de la cónyuge, sino únicamente que se ha creado una cuenta corriente o se ha realizado algún tipo de operación vinculada a ella.

Por otro lado la prueba tasada de eficacia relativa o presunción relativa o “*iuris tantum*”, se presume verdadero un hecho si es que no se demuestra lo contrario, al respecto también habría una limitación a la valoración realizada por el juzgador, ya que por ejemplo teniendo en cuenta el artículo 1231° del Código Civil con respecto a una prestación con pagos periódicos, un acreedor al emitir un recibo de pago, se presume que las anteriores le han sido pagadas, salvo que se presente prueba en contrario, por lo que el juez en principio solo verificará que el hecho de emisión del citado recibo se realizó en efecto, sin establecer si realmente se pagaron los recibos previos. Por ello concuerdo con Taruffo quien sostiene que debería eliminarse el sistema de prueba tasada, pues limita la actividad probatoria del juzgador, ya que ello afecta a la elaboración de la motivación de la decisión, pues ella contendría elementos

---

<sup>271</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., p. 524.

que no han sido efectivamente probados en el proceso por el juez, por lo que un hecho estará fundado en una presunción legal más no en una prueba.

Así, el sistema de prueba tasada se caracteriza por la rigidez de la jerarquía de las pruebas, en contraste con el sistema de libre valoración, ya que en éste sistema el juez es quien libremente decide la jerarquía de eficacia de cada prueba según su apreciación, lo que no significa en absoluto que ello devenga en una sentencia arbitraria. Su implantación en los siglos pasados fue justificada precisamente por el temor a la adopción de decisiones arbitraria por el juez, sin embargo el desarrollo procesal hace controlable la decisión del juzgador de manera que a pesar de que se reconoce un margen discrecional en sus decisiones, es posible controlar la racionalidad de la decisión judicial, principalmente por la obligación de motivar sus decisiones los jueces, en la cual desarrollará los exámenes realizados a los medios de prueba y justificará el relato de los hechos sobre los que se basa su decisión.

(iii) **Esquemas de valoración de los estándares de prueba:** con respecto al juicio de hecho y más específicamente a los estándares de prueba que puedan ser aplicados para lograr una valoración racional de los hechos, se diferencian dos esquemas: los esquemas matemáticos, de los que el esquema bayesiano o estadístico se presume aplicable al campo jurídico, y los esquemas de confirmación.

**1. El esquema bayesiano:** mediante este esquema se utiliza formulaciones matemáticas, basada en la mayor o menor frecuencia estadística de un hecho, así la mayor o menor probabilidad de un evento “x” dado un evento “y” se puede determinar en función a la mayor o menor frecuencia estadística con la que se producirá un evento “x” dado un evento “y”. A pesar de que este sistema es aplicado con frecuencia en “eventos”, los defensores de la utilidad de su aplicación al campo jurídico sostienen que también puede ser aplicable a “enunciados”.

Debido a la naturaleza estadística de este esquema, el juzgador deberá establecer un porcentaje exacto debajo del cual un determinado hecho no pueda ser catalogado como verdadero, el establecimiento de este porcentaje

le ha generado críticas a este esquema<sup>272</sup> como el hecho de que su aplicación complica cuando el juzgador debe valorar un gran número de pruebas sobre un mismo hecho o hipótesis a probar, sobre todo en referencia a la prueba mediata o indiciaria, además de la dificultad de utilizar métodos estadísticos por los jueces y la reticencia que existe en utilizar métodos extrajurídicos a la resolución de conflictos.

- 2. Los esquemas de confirmación:** Por otro lado tenemos los esquemas de confirmación que basan la confirmación de un hecho en el mayor grado de certeza mediante la lógica inductiva que tiene un hecho, para ello el juez no hará uso de un porcentaje numérico para establecer el grado de probabilidad de una hipótesis, sino que utilizará “criterios” o “estándares” que indiquen cuando se ha probado un hecho. Por lo que un hecho estará considerado como verdadero o probable dependiendo del grado de confirmación o probabilidad que tenga aplicando el criterio adoptado por el juzgador.

Por ello, su uso es el más adecuado a aplicar en la actividad judicial a pesar de no dar una seguridad cuantificable como lo da el sistema bayesiano.<sup>273</sup> El uso de criterios para el establecimiento de hechos como probados tiene una gran ventaja en relación con el sistema bayesiano, pues puede aplicarse de mejor manera tanto a la prueba directa como a la indirecta, además de ser aplicable cuando existan numerosas hipótesis de un mismo hecho.

Es necesario subrayar que el juzgador al aplicar dicho criterio, se interese en igual medida en los hechos que confirman las hipótesis de ambas partes, utilizando una gradación que establezca cuál de las hipótesis es la más probable o se confirma en mayor medida, asignándole un mayor o menor peso a los hechos que sostienen las diversas hipótesis, lo que se justificará en la motivación de la “*quaestio facti*”, ya que “es especialmente a través de la obligación de motivar las decisiones sobre los hechos que los ordenamientos del *civil law* pretenden evitar que las decisiones sean tomadas según el arbitrio

---

<sup>272</sup> Gascón Abellán, Marina, “Sobre la posibilidad de establecer estándares de prueba subjetivos”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 28, Universidad de Alicante, Alicante, 2005, p. 133.

<sup>273</sup> Ibídem, p. 134.

subjetivo del juez, y conseguir en cambio, que se funden en argumentaciones justificativas tales que permitan un control intersubjetivo de la fundamentación de la decisión”<sup>274</sup>.

- a. **Premisas a considerar en los esquemas de confirmación:** Para controlar la racionalidad del criterio acogido por el juzgador, es necesario además que se aplique determinadas premisas<sup>275</sup> a efecto de realizar una correcta elección de los hechos de la “*quaestio facti*” los cuales son: “Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de una elección frente a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa”: ya que un mismo hecho puede prestarse a diversas versiones, las cuales pueden ser verdaderas o falsas en mayor o menor medida, por lo que es necesario conocer la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, de manera que en base a ello, el juzgador pueda establecer y diferenciar cuales de aquellas versiones tienen un mayor grado de probabilidad, de entre las cuales el juez deberá elegir aquella que tenga el mayor grado de probabilidad.

“Que las decisiones vengan guiadas por criterios de racionalidad”: es decir, se trata de que el juzgador no adopte su libre arbitrio para establecer los hechos de la causa, sino que maneje su decisión con criterios racionales, lo que se dará si es que la decisión del juzgador se basa en aquellos hechos que tengan un mayor grado de confirmación probatoria, de manera que sea menos probable que una decisión sea arbitraria.

“Que se tenga como racional la elección de una hipótesis que aparece justificada en las pruebas con mayor o menor medida que otra”: ya que el concepto de verdad que se maneja en el proceso es el de verdad relativa, las decisiones del juzgador con respecto al juicio de hecho son también relativas, es decir no tienen un carácter absoluto, sin embargo manejarse con

---

<sup>274</sup> Taruffo, Michele, “*Tres observaciones sobre...*”, p. 121. “

<sup>275</sup> Taruffo, Michele, “*Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*”, Proceso, prueba y estándar, op. cit., pp. 43 – 44.

dicha versión de verdad hace la decisión del juzgador mucho más racional que solo basarse en la persuasividad de una posición

“Que se utilice no un concepto genérico de probabilidad como uno de no certeza, sino un concepto específico basado en grados de confirmación de la veracidad de los enunciados, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles”: de modo que sea posible establecer una gradación o niveles de probabilidad de los hechos, siendo clasificados en probabilidad alta, media o baja, por lo que el juzgador cuando encuentre que sobre un mismo hecho se pueda manejar diversas hipótesis con diferentes grados de probabilidad, el juez actuará de forma racional si escoge aquella hipótesis que esté más confirmada o lo que es lo mismo, que tenga un mayor grado de probabilidad.

Adicionalmente Gascón Abellán<sup>276</sup> señala que el juzgador deberá utilizar argumentos que fundamenten cuando está confirmado un cierto hecho, para lo cual el juzgador deberá tener en cuenta ciertos elementos que confirmen en un mayor o menor grado la probabilidad de un hecho; así, señala que se deberá tener en cuenta el “*fundamento cognoscitivo de las leyes causales*” que conectan las pruebas con la hipótesis, pues tendrán diferente valor si es que el hecho se fundamenta en una prueba científica, en imprecisas máximas de experiencia, o en prejuicios ampliamente difundidos.

También ha de considerarse “*la solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas*” pues no tendrá igual valor la confirmación de un hecho basado en un testimonio que la confirmada por una pericia científica realizada por profesionales en un campo determinado; el número de *pasos inferenciales*” pues no tendrá el mismo peso aquel hecho basado en un prueba directa que aquel basado en una prueba indiciaria o indirectas.

Además de ello debe considerarse la “*cantidad de pruebas o confirmaciones*” pues tendrá mayor probabilidad un hecho que se base en

---

<sup>276</sup> Gascón Abellán, Marina, “*Sobre la posibilidad...*”, p. 138.

un gran número de pruebas que aquel que se base solo en una prueba; y la “*variedad de pruebas o confirmaciones*” pues es diferente y tendrá mayor grado de probabilidad aquel hecho que se base en pruebas directas, indiciarias y científicas, que aquel hecho que se base en una sola de ellas.

Con respecto a lo mencionado por Gascón Abellán, será de gran utilidad la utilización del método falsacionista establecido por Karl Popper ya que “la falsación de teorías forma parte de un programa epistemológico de crítica racional que renuncia a buscar *enunciados concluyentes* que apoyen la verdad de los enunciados o teorías científicas”<sup>277</sup>, por lo que su adopción dotará de racionalidad a la valoración realizada por el juzgador.

- (iv) **Los estándares de prueba en sí:** Es claro que el proceso en general y las pruebas en particular tiene como finalidad principal el conocimiento de la verdad, sin que ello suponga que no se reconozca la otra finalidad que es la resolución de conflictos, la cual es complementaria a la primera, ya que no se entiende un proceso que solamente busque resolver el conflicto sin que tenga como objetivo llegar a la verdad y particularmente, no sería posible justificar en la motivación de la sentencia la decisión adoptada si es que el juzgador en el juicio de hecho no pretenda acercarse lo más posible a establecer los hechos mediante una adecuada calificación de las pruebas aportadas por las partes.

Por ello es necesaria la adopción de estándares de prueba en el proceso los cuales son criterios que servirán al juzgador para determinar cuándo un hecho está probado, tomando como referencia los medios de prueba que lo sustentan, para lo cual dicho estándar debe ser controlable, es decir debe ser posible que pueda conocerse y determinarse si efectivamente es probable y en qué nivel un hecho, por lo que dicho estándar debe ser racional. Ello servirá tanto al momento de valorar objetivamente todos los hechos de la “*quaestio facti*” cuando se realice el relato de hechos probados y, además al momento de la elaboración de la justificación del mencionado relato de hechos probados, por

---

<sup>277</sup> Lariguet, Guillermo, “*La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica*”, Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 17, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Octubre, 2002, p. 184.

lo que el estándar seleccionado debe contener un nivel de exigibilidad mínimo que haga aceptable la decisión del juzgador del juicio de hecho adoptado por él, así como su justificación.

- 1. Cuestiones de “policy”:** Para ello es necesario tener en cuenta las cuestiones de “policy”<sup>278</sup> que establecen la distribución del error que afectará la decisión probatoria, las cuales son: 1) dar por probado lo que es falso; y 2) dar por no probado lo que es verdadero.

Ello dará como resultado a su vez tres situaciones: 1) que se consideren igual de tolerables los dos tipos de error por el juzgador, por lo que en dicho caso el estándar de prueba de exigencia media; 2) que el juzgador considere que es más tolerable el primer error frente al segundo, en cuyo caso el estándar de prueba estará por debajo de la media exigida; y finalmente 3) que el juzgador considere más tolerable el segundo error que el primero, de modo que el estándar de prueba será particularmente exigente, pues estará por encima de la media.

En todo caso la decisión sobre el tipo de estándar que utilizará el juzgador es valorativo, variando de acuerdo a cada juez, sin embargo debe tenerse en cuenta los niveles de racionalidad que ofrece cada estándar (medio, bajo y alto respectivamente), y sobre todo que el estándar elegido pueda servir para establecer un relato de los hechos y su justificación como razonable ya sea frente al auditorio técnico o el auditorio general.

A pesar de que se reconoce la posibilidad del juzgador de establecer el estándar que considere adecuado para probar los hechos, es preciso que tenga en consideración el contexto procesal en el que desarrolla sus funciones jurisdiccionales, así, en el contexto del proceso penal se maneja el criterio de “prueba más allá de cualquier duda razonable” el cual es un criterio de nivel elevado que se identifica con un estándar de prueba exigente.

---

<sup>278</sup> Gascón Abellán, Marina, “Sobre la posibilidad...” pp. 130 – 131.

En cambio, en el plano del proceso civil el criterio que tiene el juzgador para justificar su decisión como racional es menos riguroso, ello en razón de asegurar a las partes que su derecho de defensa sea ejercido adecuadamente y que pueda presentar todas aquellas pruebas que consideren pertinentes para reforzar su posición, por lo que el juez civil aplicará el criterio de “probabilidad prevalente” que garantiza una decisión racional del juicio de hecho y que se corresponde con el nivel medio del estándar de prueba.

**2. El estándar de probabilidad prevalente:** Mediante el estándar de probabilidad prevalente una hipótesis de un hecho será aceptable si es que es más probable que las hipótesis alternativas o en contrario, teniendo como ecuación fundamental la expresión “más probable que no”, la cual guiará al juzgador a adoptar los hechos que formarán parte del juicio de hecho de forma racional, tratando de eliminar cualquier tipo de subjetividad que haga imposible su justificación en la motivación.

A pesar de que mientras más exigente sea un estándar de prueba por lo que será más racional la hipótesis de los hechos adoptados por el juez, se debe cuidar que el estándar de prueba no sea muy exigente, pues a pesar de que con ello disminuye la posibilidad de dar por cierto un hecho incierto, también se puede dar la posibilidad de dar por incierto un hecho cierto, por lo que el en contexto civil se deberá establecer un estándar que no sea exageradamente riguroso a fin de poder valorar adecuadamente los hechos.

Complementariamente al estándar de probabilidad prevalente, es posible señalar el “estándar de grado mínimo necesario de confirmación probatoria”<sup>279</sup> mediante la cual, la hipótesis escogida por el juzgador debe tener como mínimo un estándar de probabilidad prevalente del 50% para ser considerada como verdadera, sin embargo puede ocurrir que entre las diversas hipótesis de los hechos, ninguna de ellas tenga como mínimo un 50% de probabilidad, a lo que el juez deberá responder racionalmente escogiendo aquella que resulte confirmada en un mayor grado.

---

<sup>279</sup> Taruffo, Michele, “*Conocimiento científico y...*”, p. 45.

**3. El estándar de plausibilidad:** Es necesario por otro lado, hacer una mínima referencia al sistema de valoración en el sistema anglosajón, sobre todo en referencia al examen de conjunto de los hechos a fin de elaborar un relato de los hechos o “*story*”; al respecto Taruffo señala la ineficiencia del modelo norteamericano en el cual, basándose en el concepto de “*plausability*” de Ron Allen que defiende únicamente la valoración conjunta de los hechos obviando el examen individual de ellos, lo que dará como resultado que el relato de los hechos o “*story*” será válido dependiendo de los plausible o verosímil que resulte.

La utilización del concepto de plausabilidad<sup>280</sup> en la evaluación de un relato de los hechos corre el riesgo de caer en la mera subjetividad, pues ello responde a la llamada “cultura media” de un cierto lugar en un cierto momento determinado, por lo que “lo plausible” se correspondería con el concepto de “normalidad”, mas no con el concepto de verdad, así el concepto de plausabilidad no es un buen criterio para determinar como verdadero un hecho individual.

El citado autor italiano menciona un ejemplo al respecto, expresando el hecho de que si bien es cierto que él toma una taza de café en un determinado lugar en una cierta ciudad con cierta regularidad o normalidad, al propietario de la cafetería le parecería verosímil que se encontrará en dicha ciudad, lo cual de ningún modo podría tomarse como verdadero, pues podría encontrarse en otra ciudad desarrollando otro tipo de actividad, por lo que su testimonio en un caso judicial no serviría para determinar su ubicación en un determinado momento por el grado de concurrencia a su local, sería necesario recurrir a otros criterios de valoración para determinar ciertamente o verdaderamente donde se encontraba en dicho momento.

Por ello es necesario antes de realizar la valoración conjunta, examinar uno por uno las pruebas que sirven para probar un hecho y establecer el grado de

---

<sup>280</sup> Taruffo, Michele, “*Tres observaciones sobre...*” p. 123.

credibilidad de ellos, de modo que el juzgador incluya en su relato de los hechos solamente aquellos que han sido efectivamente probados, y excluir aquellos que no han sido demostrados al examinar las pruebas que lo sustentan. Solo así, obteniendo hechos verdaderos que se sustenten en pruebas es posible utilizar en concepto de plausibilidad, debido a que ello ya no será un mero criterio subjetivo, sino que se basará en el grado de probabilidad de los hechos establecidos como verdaderos en el juicio de hecho, es decir, solamente en la elaboración del relato de los hechos, más no para establecer la verdad de un hecho aislado.

Teniendo el conjunto de hechos probados, el juzgador deberá elaborar el “*story*”, sin embargo puede suceder que, a pesar de haber identificado los hechos individualmente probados, no sea posible elaborar un relato coherente en base a ellos, por lo que si la hipótesis está destinada a demostrar la posición del demandante y ello no es posible, el juez deberá declarar su posición infundada.

Es posible además que los hechos tenidos como probables o verdaderos sean capaces de ser incluidos en diferentes “*stories*”, en este caso el juez elegirá aquel relato que sea más plausible, sin embargo como ya se mencionó a pesar de ser un criterio subjetivo dicha elección, ella tiene como base que los hechos que forman parte de los relatos alternativos del juzgador tienen el carácter de verdaderos o probables, por lo que solo así tendrá un carácter objetivo y racional la elección del juzgador.

- (v) **Utilización de criterios de inferencia:** Con respecto a los criterios inferenciales se debe destacar que estos sirven como nexo entre el dato probatorio y el hecho probado, además de ello es exigible que dichas inferencias tengan un carácter de racionalidad que justifique su utilización. Al respecto es común la utilización de las llamadas “máximas de experiencia”, en las que cabe diferenciar entre los conocimientos con base científica y las generalizaciones de sentido común o máximas de experiencia propiamente dichas.

La utilización de las máximas de experiencia propiamente dichas es de uso frecuente en el ámbito judicial, lo cual puede acarrear ciertas falencias, así pues “de un lado el juzgador no puede hacer otra cosa que recurrir a este pseudo-conocimiento. Sin embargo, de otro lado, el sentido común y la experiencia generan informaciones no controladas, nociones sin fundamento y a menudo falsas, pseudo reglas extraídas en realidad de errores y prejuicios”<sup>281</sup>. Por lo que es necesario que al usar la cultura media del lugar donde el juez realiza sus funciones, deberá escoger estándares que sean aceptables que permitan determinar objetivamente el valor probatorio de un medio de prueba.

Los conocimientos científicos se introducen en el proceso por ejemplo a través de un peritaje ya sea ordenado por las partes u ordenada por el propio juez, lo que genera una serie de preguntas como<sup>282</sup> ¿Qué conocimientos – presuntamente científicos – están de verdad dotados de validez científica?, ¿Cómo atribuir fiabilidad a las opiniones que expresan los expertos en el proceso?, o ¿Qué criterios básicos ha de adoptar el juez en la valoración de las pruebas que involucran conocimientos científicos?”.

Es necesario señalar que la relación entre la ciencia y el proceso judicial es cada vez mayor y necesaria, no solamente por el hecho de que cada vez más es posible racionalizar los conocimientos adquiridos, debido al desarrollo tecnológico activo que es propio de nuestro tiempo, de modo que el recurso al sentido común cada vez más se reduce, por lo que al no utilizar los conocimientos científicos en el proceso, el juzgador tendrá una visión parcializada del valor de las pruebas y, consecuentemente se establecerá una decisión arbitraria e irracional.

Por otro lado, hay que señalar que los criterios que el juzgador considera en razón de una prueba testimonial no pueden extrapolarse al modo en el que el juez valora una prueba científica, pues en las primeras el juez basa la valoración del testimonio sobre todo en las calidades personales del testigo, tales como su reputación, la coherencia de su declaración o su precisión en el testimonio; las pruebas científicas por su parte no deben atender en exclusiva a las calidades

---

<sup>281</sup> Taruffo, Michele, “*La prueba, artículos...*” p. 27.

<sup>282</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 131.

personales del experto, sino principalmente al contenido en sí de lo sostenido por él.

Además de ello, es preciso señalar que la utilización de criterios de inferencia no solo se verifica en el paso entre los medios probatorios y los hechos a probar, sino también en el paso entre los hechos probados y la hipótesis principal, pues por un lado, el uso de una máxima de experiencia ya sea ésta un conocimiento científico o una regla de sentido común ampliamente difundida no tendrán el mismo valor; por otro lado con respecto a la utilización de presunciones legales esta “pueden verse como máximas de experiencia institucionalizadas o autoritativas”<sup>283</sup>, por lo que a pesar de que la presunción legal en si no es sujeto de prueba en contrario (al menos, la presunción legal absoluta), el juzgador deberá tener especial cuidado en valorar el hecho que le sirve de base.

1. **La utilización de criterios científicos:** Con respecto al uso de la ciencia en el proceso Taruffo<sup>284</sup> señala que no es común encontrar problemas en aplicar ciencias exactas en el proceso, tales como la química, la física, la biología o la ingeniería, sin embargo actualmente en nuestro medio también se desarrollan otro tipo de ciencias “*soft*” como la psicología, la economía, la estética, etc., que tienen como objeto hechos humanos y sociales que antes eran consideradas parte del sentido común, pero que actualmente reclaman su reconocimiento científico, estos conocimientos tanto de las ciencias exactas como de las denominadas “*soft*” son de utilidad para el juzgador para establecer la verdad acerca de un hecho determinado.

Sin embargo la concepción tradicional de ciencia hace que el juzgador no considere necesario el auxilio de ciencias que no sean exactas, menospreciando su valor para establecer la verdad de un hecho, de modo que en vez de recurrir a expertos en ciencias sociales, el juzgador se conforma con el conocimiento limitado y de sentido común que posee, lo cual es desaconsejable, pues la opinión de un experto siempre tendrá mayor validez que la sana crítica o el recurso a la cultura media del contexto social, además

---

<sup>283</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*”, p. 87.

<sup>284</sup> Taruffo, Michele, “*Conocimiento científico y...*” pp. 35 – 37.

de ello la decisión de los hechos se considerará mejor justificada si contiene elementos científicos que hagan verificable su racionalidad.

No debe perderse de vista a su vez que este desarrollo científico trae consigo los peligros del desarrollo de pseudo-ciencias, y más peligroso aun si ellas se aplican en un proceso judicial, por ello el juez siempre que aplique un conocimiento científico deberá corroborar si es considerada como adecuada para establecer la verdad de un hecho, por lo que no debería recurrir a pseudociencias tales como la grafología, las máquinas de verdad o la astrología, de modo que “el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, la lógica y la argumentación racional, por decirlo de otra manera, el principio de libre convencimiento ha liberado al juez de las reglas de la prueba, pero no los ha desvinculado de las reglas de la razón”<sup>285</sup>.

Es preciso señalar la llamada “doctrina Daubert”<sup>286</sup>, la cual tiene en consideración ciertos criterios para valorar una prueba científica, las cuales se dividen en dos premisas: 1) *“en la ciencia no hay certezas y los científicos buscan nuevas teorías (siempre provisionales) para explicar del mejor modo posible los fenómenos observados”*; y 2) *“la validez científica para un determinado objetivo no implica necesariamente validez para otros objetivos relacionados con el primero”* y cuatro requisitos: 1) *“la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba”*; 2) *“la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada”*, 3) *“la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la peer review”*; y 4) *“la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica entre los científicos del gremio”*.

Por ello, se debe tener en consideración no solo las calidades profesionales del experto, sino además y principalmente la calidad de la prueba realizada, debido a que no es poco frecuente que las partes para reforzar su posición ofrezcan como medio de prueba un peritaje, por lo que el juzgador debe tener

---

<sup>285</sup> *Ibíd*em, p. 42.

<sup>286</sup> *Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 134 – 135.*

en cuenta con respecto a los peritajes ofrecidos por la partes, que ellas podrían estar parcializadas, ya que su objetivo no es en sí encontrar la verdad, sino hacer prevalecer la posición de su cliente, ello puede advertirse cuando sobre un mismo hecho las dos partes ofrecen pruebas científicas contradictorias entre sí, por lo que el juzgador a fin de determinar a cual peritaje ofrecer credibilidad deberá tener en cuenta sobre todo controlar la falsabilidad de la teoría utilizada por el experto, debido a que existen diversas teorías científicas que pueden utilizarse para probar un mismo hecho, solamente se atenderá a aquellas que puedan pasar con éxito dicha prueba de falsación y que contengan un porcentaje de fiabilidad considerable, pues no es lo mismo una prueba científica con un margen de error del 5% que una con 30%, tal como se infiere de la doctrina Daubert.

El control de falsabilidad fue desarrollado por Popper, quien “trazó un distinción entre “corroboración” y “verdad” de teorías. Pensó que una teoría *corroborada* es solo un indicador de que la teoría, al pasar con éxito un test de prueba, merece ser criticada racionalmente. Por lo que “a diferencia de la verdad, que es un valor lógico intemporal independiente de los cambios en el mundo empírico, la corroboración supone la evaluación lógica de las teorías con relación a un sistema empírico de enunciados básicos.<sup>287</sup>”. Por ello, el sistema falsacionista de Popper puede ser incorporado al análisis de las pruebas, pues es similar a la verdad relativa manejada en el proceso que excluye la posibilidad de que las pruebas establezcan la verdad de un hecho de manera absoluta, por lo que únicamente se pretende que la teoría científica aplicada a la prueba de una alta probabilidad de un hecho, lo cual no significa que aplicando otro tipo de teoría pueda invalidarse el hecho tenido por verdadero al principio.

Ello con respecto a las ciencias exactas no supone un mayor problema, así el uso de los conocimientos científicos de la biología en un caso concreto en el que se pretende establecer la paternidad de un niño, una prueba de ADN tiene un porcentaje de certeza de 98% o 99%, el problema ocurre cuando se aplican

---

<sup>287</sup> Lariguet, Guillermo, op. cit., p. 195.

al proceso conocimientos científicos pertenecientes al campo de las ciencias sociales como por ejemplo la psicología, la cual difícilmente podrá alcanzar un grado de certeza tan alto

Por lo que puede suceder que una sola prueba científica sea suficiente para establecer la racionalidad de una decisión, mientras que en otros casos será necesaria la práctica de dos o más ciencias de modo que pueda llevarse al nivel mínimo de confirmación requerido en el proceso civil y que justifique como racional la decisión de la “*quaestio facti*”; todo depende del tipo de ciencia aplicada al proceso.

Con respecto a la prueba de oficio, es decir aquella ordenada por el propio juez, el tratamiento a lo sostenido por el perito oficial debe ser similar al de los peritajes de parte, ya que a pesar de considerarse al experto oficial imparcial, deberá tenerse en cuenta la validez de las teorías utilizadas por dicho experto, así como el porcentaje o margen de error de la prueba.

La adopción de una prueba científica como relevante para establecer como probado un hecho, deberá justificarse en la motivación de la sentencia, lo que no solo se limita a justificar porque el juzgador eligió entre una u otra prueba ofrecida por las partes, sino también debe justificar por qué valoró como eficaz la prueba de oficio, a pesar de que ninguna de las partes haya presentado objeciones a ella; ello es necesario pues por la necesidad y obligación del juzgador de justificar todas sus decisiones, ya que de no hacerlo de dicho modo, la prueba pericial se convertiría en una clase de prueba tasada, pues se tendría la imagen de que el juzgador adopta dicha prueba amén al solo hecho de que es sostenida por un experto.

Finalmente cabe señalar que no existe una diferencia fundamental entre la verdad empírica y la verdad procesal, puesto que la ciencia se ampara en razonamientos de tipo inductivo por lo que no podemos estar a ciencia cierta seguros de su corrección, lo mismo ocurren dentro de un proceso, pues en este contexto la verdad es también “probabilística”, es decir no se puede decir que sea absolutamente correcta la inferencia de los hechos realizada por el

juzgador; en todo caso lo que le da peso de verdad es la autoridad con la que esta revestida la decisión del juzgador.

2. **La utilización de las máximas de experiencia propiamente dichas:** Con respecto a las máximas de experiencia propiamente dichas, es decir al recurso al sentido común, debe tenerse siempre en cuenta que son un conjunto “heterogéneo, incierto, incoherente, histórica y localmente variable, epistemológicamente dudoso e incontrolable”<sup>288</sup> como bien señala Taruffo.

El utilizar el mero sentido común acarrea muchos peligros, debido a las incertezas que las condicionan, sin embargo es común su utilización por los tribunales, por lo que es necesario en la motivación, su mención de manera expresa a fin de controlar la arbitrariedad de su utilización.

Debido a las características antes señaladas por el autor italiano, es necesario tener en cuenta ciertos criterios para su utilización, así Igartua<sup>289</sup> señala tres criterios a considerar: 1) que sean aceptadas comúnmente en el ámbito sociocultural donde se aplique; 2) que no haya sido contradecida por alguna prueba científica; y 3) que no entre en conflicto con otra máxima de experiencia tan de sentido común como la utilizada.

Se debe resaltar el segundo criterio mencionado por el jurista vasco, es decir que la máxima de experiencia propiamente dicha haya sido contradecida por el conocimiento científico, ello pues porque a diferencia del recurso al sentido común, en una prueba científica puede controlarse su racionalidad, además de que cada vez más como se mencionó anteriormente, los conocimientos científicos amplían sus campos a los que tradicionalmente era propios del sentido común.

El uso de las máximas de experiencia en sentido estricto tiene oportunidad de ser utilizados especialmente en las pruebas testimoniales ya sea de parte o de testigo, en los cuales el juzgador buscará establecer los conocimientos acerca

---

<sup>288</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 149.

<sup>289</sup> Ibídem, p. 150.

de los hechos controvertidos del proceso así como la credibilidad de los testimonios. Al respecto Taruffo<sup>290</sup> señala dos sistemas de exámenes de testigos, una perteneciente al “*common law*” y otro al “*civil law*” respectivamente.

Con respecto a la actuación de la prueba testimonial en el “*common law*” señala que éste está caracterizado por el sistema adversarial desarrollado principalmente en países como Estados Unidos o Inglaterra, en donde el modelo que se aplica es el de interrogatorio directo e interrogatorio cruzado o contrainterrogatorio; el método se desarrolla teniendo en cuenta que los testimonios de los testigos de una de las partes no están orientados a la búsqueda de la verdad, sino a reforzar la posición acerca de los hechos de la parte que solicitó su declaración, por lo que la parte contraria tendrá como objetivo primordial mediante el contrainterrogatorio realizar preguntas a los testigos de la otra parte que hagan disminuir sino anular su credibilidad.

Como se señaló cada una de las partes en litigio no tiene como principal objetivo el establecimiento de la verdad procesal, sino que su posición sea la triunfadora en el proceso, por lo que la realización de ciertos rituales como el juramento de expresar la verdad o como en el caso peruano la lectura del artículo 409° del Código Penal (falso testimonio en juicio) tal como es señalado en el artículo 224° del Código Procesal Civil, carecería de sentido, ya que se espera que el testigo declare a favor de la parte que solicitó su testimonio.

Por otro lado en el “*civil law*” el modelo cambia pues las preguntas son hechas directamente por el juzgador, teniendo en consideración que éste siendo un tercero imparcial y sin ningún tipo de interés en el proceso, realizará las preguntas pertinentes para establecer racionalmente las hipótesis de las partes, ya que no tendría interés en perjudicar a cualquiera de las partes; por otro lado, la actuación de las partes es limitado pues solamente se le permite

---

<sup>290</sup> Taruffo Michele, “Recolección y presentación...”, pp. 66 – 67.

realizar preguntas adicionales para aclarar las respuestas previamente realizadas.

De acuerdo a lo mencionado, se puede deducir que en el proceso civil peruano el sistema adoptado con respecto a las pruebas testimoniales es mixto; por un lado con respecto a la declaración de parte el artículo 213° del Código Procesal Civil señala que la declaración de parte se iniciará con una absolución de posiciones atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado, es decir que no es el juzgador quien inicialmente tiene la potestad de formular las preguntas, sino que ellas son elaboradas por la parte contraria, claro que, de acuerdo al segundo párrafo del artículo citado, el juzgador tiene la libertad de hacer las preguntas que estime convenientes a las partes, además de ello si no se solicitó dentro del proceso la declaración de parte, es posible que el juzgador si lo considere pertinente pueda ordenar su actuación de oficio.

Así mismo, haciendo referencia nuevamente al segundo párrafo del artículo 213° del Código Procesal Civil, está establece que concluida la absolución, las partes a través de sus abogados y con la dirección del juez pueda solicitar nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas, por lo que se pone en evidencia la influencia de los dos modelos citados, ya que es posible realizar nuevas preguntas (“*common law*”) y solicitar aclaraciones a las respuestas efectuadas (“*civil law*”).

Con respecto a la declaración testimonial de testigos se hace mucho más clara la influencia del “*common law*”, pues si bien es cierto que el artículo 230° del Código Procesal Civil establece que son aplicables a las declaraciones de testigos las disposiciones relativas a la declaración de parte, por lo que el juez puede realizar las preguntas que estime convenientes a los testigos ofrecidos por cualquiera de las partes, el artículo 227° del mismo cuerpo legal establece específicamente la posibilidad de realizar contrapreguntas por la parte contraria.

Adicionalmente con respecto a la declaración de parte, se hace notoria la importancia que el legislador le da a la memoria de las partes en sus testimonios pues, se señala en el artículo 218° que el interrogado no puede utilizar ningún apunto o borrador de sus respuestas, por lo que se pone de manifiesto la importancia de la retención de recuerdos de las partes, siendo ello un elemento de persuasión para el juzgador.

- (vi) **La valoración de la prueba:** En la valoración de la prueba es necesario distinguir entre “libre apreciación de pruebas” (o “prudente” apreciación de pruebas como señala Colomer) y “libre convencimiento del juez”, los cuales son dos requisitos complementarios a fin de establecer los hechos que formaran parte del relato de hechos probados y, servirán de sustento a la motivación de la sentencia con respecto a la “*quaestio facti*”. Al respecto, debido a que se estableció que esta valoración debe ser racional, es preciso mencionar lo señalado por Gascón Abellán, pues “si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libremente y racionalmente consiste, más precisamente en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por ello la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de *medir la probabilidad*”<sup>291</sup>.

- 1. La libre apreciación de las pruebas:** Ésta se realiza en el examen individual de la pruebas, por lo que se habrá llevado a cabo una libre o prudente apreciación de las pruebas si es que el juzgador examina individualmente el peso de cada medio de prueba antes de su evaluación global, por lo que podría decirse que la libre apreciación de la prueba dará como resultado las premisas sobre las que se basa el libre convencimiento del juez.

Por otro lado el libre convencimiento o prudente convencimiento del juez supone una decisión del juzgador con respecto a los resultados de los exámenes a que son sometidos las pruebas, de manera que solamente habrá

---

<sup>291</sup> Gascón Abellán, Marina, “*Sobre la posibilidad...*”, p. 129.

un libre convencimiento del juez si previamente existió una libre apreciación de pruebas, de modo que ésta se llevará a cabo como un silogismo, mediante el cual un determinado medio probatorio sirve para establecer la credibilidad de un hecho alegado por las partes, y consiguientemente el juzgador tomará una decisión, lo que se verá reflejado en el relato de hechos probados.

**2. El libre convencimiento del juez:** Luego de haber apreciado las pruebas, el juzgador debe pronunciar una decisión sobre la certeza del hecho objeto de prueba, lo cual se dará en dos momentos: en un primer momento el juzgador alcanza un grado de convencimiento de cada uno de los *“factum probandum”* de las partes, mediante una apreciación conjunta de los medios probatorios que tienen como objeto un mismo hecho; el segundo momento se da al momento de redactar el relato de hechos probados, teniendo como base aquella versión de los hechos que es más probable, coordinando los diversos hechos probados que resultaron ciertos o más probables de entre los diversos *“factum probandum”* o hechos a probar sostenidos por las partes en el proceso. Como se puede apreciar el primer momento se da al final del examen individual de los medios probatorios y el segundo momento al realizar el examen de conjunto de los medios probatorios.

Para establecer si la valoración del juzgador no es arbitraria, es necesario su explicitación en la motivación, pues debido a que el convencimiento del juzgador es de naturaleza subjetiva, es necesario conocer el criterio por el cual es juez concede verosimilitud a un determinado hecho, de dicho modo se podrá examinar si la decisión con respecto a los hechos es discrecional o netamente arbitraria.

**(e) El contenido de la motivación de la *“quaestio facti”*: la valoración individual y conjunta de la prueba:** Es necesario resaltar que la relación de hechos probados tiene como punto de partida la *“causa petendi”* de las partes, las pruebas ofrecidas por ellas y las que de oficio el propio juez practicara de requerirlo necesario. Ello es el marco que deberá tener en consideración el juez al momento de someter dichas pruebas a su valoración individual y conjunta a fin de determinar el contenido de la *“quaestio facti”* de la sentencia.

Colomer<sup>292</sup> citando a Taruffo diferencia entre método de análisis de las pruebas “atomístico” y “holístico”; según el método atomístico, la decisión sobre los hechos deriva de un examen analítico de los singulares elementos de prueba, del correspondiente valor probatorio de cada uno de ellos y de las concretas inferencias que se puedan apoyar sobre cada uno de ellos. Particular atención se dedica es este método a la valoración de cada uno de los medios de prueba, puesto que la decisión final se configura como el resultado de una combinación fundada sobre las distintas pruebas.

En cambio, el método holístico supone abordar el problema de la decisión fáctica a partir de hipótesis globales y comprensivas de todos los hechos de la causa; tales hipótesis vendrán constituidas por historias en las que se contengan los hechos de la causa narrados en una adecuada secuencia temporal y conectados entre sí dándoles un significado global, a modo de relato de los mismos.

La decisión consiste en la elección de una “*story*” de los hechos de la causa de entre todas aquellas que las partes y sus defensores hayan sometido a la cognición judicial. La elección es global porque recae sobre la totalidad de la “*story*”, y no sobre los singulares elementos de prueba, ya que la decisión adoptada por el juez, se hace teniendo en cuenta la valoración conjunta de la prueba practicada, más que los singulares medios de prueba.

Asimismo es necesario señalar, que la valoración individual y la valoración conjunta de las pruebas persiguen objetivos distintos pero complementarios, lo cual es necesario para que la decisión de la “*quaestio facti*” sea racional, además de ser necesario para realizar adecuadamente una justificación de la decisión en la motivación de la sentencia, pues el resultado de estos dos exámenes darán los instrumentos al juzgador con los cuales justificará su decisión en un caso concreto. Así<sup>293</sup>, la valoración conjunta “se dirige a calibrar la *probabilidad* de una hipótesis fáctica (o de las dos), mientras que la valoración individual está

---

<sup>292</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., pp. 197 – 198.

<sup>293</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 115.

orientada a “examinar la *fiabilidad* de la prueba misma (de cada una de las pruebas)”.

**(i) La valoración individual:** En principio es necesario considerar que “una decisión que prescinde de la valoración de la credibilidad de cada una de las pruebas y no se preocupe por establecer con detalle que hechos han sido demostrados y que hechos no lo han sido, puede ser justificadamente considerada como una pésima modalidad de decisión”<sup>294</sup>. Por lo que el juez determinará el valor probatorio de cada prueba que haga alusión a un mismo hecho, de modo que pueda establecer de todas las posibles versiones que pueda resultar acreditadas por los medios probatorios, aquella versión que sea más atendible.

Así, se hace necesario destacar la utilidad de la valoración individual de las pruebas, previo a la valoración conjunta, pues ello servirá para establecer el grado de certeza de las hipótesis que se defienden en el proceso, por lo que debe entenderse por valoración conjunta aquel examen que solamente tiene en consideración aquellas pruebas que han pasado los diversos exámenes de la valoración individual y que tengan relevancia para sustentar una u otra hipótesis.

**1. Pasos en la valoración individual de las pruebas:** Para realizar correctamente la valoración individual de las pruebas, es necesario que el juzgador cumpla con una serie de pasos a fin de determinar el valor probatorio individual de cada medio de prueba ofrecido por las partes, los cuales son la identificación de dichos medios de prueba, su juicio o examen de fiabilidad, la asignación de significado a los medios de prueba, el juicio de verosimilitud y el juicio comparativo.

**a. Identificación de los medios de prueba:** Con respecto al análisis individual de las pruebas es necesario en primer lugar identificar las pruebas que van a ser objeto de examen a fin de establecer claramente el conjunto de pruebas ofrecidas al juzgador por las partes para corroborar las hipótesis sostenidas por ellas, ello tiene importancia para la motivación no solamente en el

---

<sup>294</sup> Taruffo, Michele, “Tres observaciones sobre...”, p. 123.

contexto endoprosesal, en razón de hacer conocer al juez superior todas las pruebas que fueron aportadas por las partes, sino además una finalidad extraprosesal, pues como se señaló, la sentencia debe ser considerada como un instrumento cerrado y autosuficiente, por lo que cualquier persona que pretenda hacer un examen de un determinado proseso debería bastarle el documento de la sentencia, por lo que enumerar los distintos medios de prueba aportados, será un instrumento valioso a fin de tener un conocimiento completo de sobre qué medios de prueba se realizó la valoración del juzgador.

- b. Juicio de fiabilidad:** Esta etapa tiene por finalidad el establecimiento de los medios probatorios que “puedan” ser fuente de los hechos alegados por las partes, teniendo en cuenta los requisitos formales y materiales que exija cada medio de prueba ofrecido, sin embargo pese a que un medio de prueba sea material y formalmente válido, ello no conlleva inmediatamente que se consideren como “probados” los hechos que sustenta, en esta etapa se considera a aquel medio probatorio que pasa con éxito éste examen como de “posible uso” para acreditar un hecho.

De darse el caso de considerar en la posterior valoración global de las pruebas, una que no reúna los requisitos formales y materiales exigidos por ley, toda la valoración global perderá eficacia por el hecho de que no de sus elementos no ha cumplido con el juicio de fiabilidad previo.

De manera que para realizar un eficaz control de los medios probatorios, ya sea por las partes o por el juez superior, es necesario que el juzgador consigne en la motivación, las razones por las que considera ineficaz un medio de prueba, y por consiguiente su irrelevancia para probar un hecho, además de ello sirve para establecer si el juzgador sometió al juicio de fiabilidad todos los medios de prueba u obvio de éste examen a alguno.

El establecimiento de un medio de prueba como válido para determinar la veracidad de un hecho, debe ser incluido en la motivación de la sentencia, pues es necesario que el juzgador exprese sobre qué base construye el

discurso de justificación factico, pues ella determinará la razonabilidad de su decisión. Por otro lado también es necesaria la expresión en el documento de sentencia, todas aquellas dudas que el juzgador tenga de aquellos medios probatorios que no le causaron convencimiento como medio eficaz para acreditar un hecho.

Por ello la motivación debe incluir el juicio de fiabilidad, es decir la mención de los medios probatorios que cumplen con los requisitos formales y materiales de ley, y además – sobretodo – explicitar aquellos medios probatorios que no son considerados por el juzgador, mencionando aquellos requisitos formales y materiales de los que adolece un determinado medio probatorio y por los que no son considerados por el juzgador.

Es necesario diferenciar entre los hechos constitutivos de la pretensión y aquellos que son solamente secundarios; en el primer caso, es decir con respecto a aquellos hechos principales en conflicto, es totalmente necesaria la inclusión del juicio de fiabilidad de los medios de prueba que pretender servirle de sustento, por lo que con respecto a dichos hechos se debe expresar claramente el resultado del examen de fiabilidad de los medios probatorios estableciendo su validez formal y material o negándola.

Por otro lado las partes también sostendrán hechos secundarios a la principal y ofrecerán medios de prueba de ellos, al respecto, a pesar de que no son principales, es recomendable que el juzgador haga mención del resultado del juicio de fiabilidad de los medios probatorios de los hechos secundarios, a pesar de que con su no inclusión, no se estaría violando el requisito de complitud de la sentencia, ya que el juzgador principalmente debe pronunciarse sobre los hechos principales del “*thema decidendi*”. Así, se hace obligatorio referirse a los hechos principales, pero se considera recomendable referirse además a los hechos secundarios, a pesar de que ello conllevaría que la sentencia sea emitida con total exhaustividad.

Con respecto a la extensión que habrá de reunir la motivación del juicio de hecho para justificar la falta de fiabilidad de un medio de prueba, Colomer<sup>295</sup> nos presenta 3 casos: que “*no sea creíble ni fiable el único medio de prueba existente en la causa respecto de un hecho constitutivo*”: en este caso la motivación deberá contener la justificación de porque dicho medio probatorio no causa fiabilidad, con la mención de los requisitos formales y materiales de los que adolezca; a pesar de que solo exista un medio de prueba que pretenda probar un hecho, ello no exime al juzgador del correspondiente juicio de fiabilidad, pues de no hacerlo se violaría el derecho a la prueba de las partes.

Se puede presentar además la situación de que “*no sea creíble ni fiable uno de los diversos medios de prueba existentes en la causa respecto de un mismo hecho constitutivo*”: en este caso la falta de fiabilidad de uno de los varios medios probatorios ofrecidos por una de las partes que pretenden probar un hecho constitutivo no será tan exhaustivo “siempre que conste que el juzgador haya examinado el conjunto de todas las pruebas deducidas por la parte”; ello tendría lugar solo si el “*factum probandum*” o el hecho a probar, resulta probado por las demás pruebas ofrecidas por la parte que propuso la prueba que no pasó el juicio de fiabilidad.

Colomer señala que en caso que el “*factum probandum*” quede probado por un medio probatorio ofrecido por la parte contraria o de oficio por el propio juez, sí se hace necesario que el juzgador explicita de manera exhaustiva por qué el medio de prueba ofrecido por la parte, no paso el examen de fiabilidad; al respecto considero que, ya sea que un hecho se sustente en un medio probatorio de una de las partes o de su contraria o en prueba de oficio del juez, es necesario la mención con exhaustividad del resultado del examen de fiabilidad del medio de prueba que no pasó con éxito dicho examen, pues la única diferencia con respecto al medio de prueba que sustenta un hecho sería su origen.

---

<sup>295</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., pp. 215 – 217.

Por otro lado está la situación de que “*no sea creíble ni fiable el medio de prueba existente en la causa respecto de un hecho secundario*”: en este caso el juzgador se limita a señalar que “la inferencia entre el hecho constitutivo o principal y el secundario no ha podido ser establecida, dado que el hecho factico no ha sido probado”, por lo que no es necesario aunque si recomendable indicar las causas formales y materiales que configuran la invalidez de un medio de prueba que sustente un hecho secundario, ello debido a que el principio de complitud requiere únicamente un pronunciamiento expreso por parte del juzgador de los hechos que hacen referencia a la pretensión principal, más no necesariamente a los hechos secundarios.

- c. Interpretación de la prueba:** En esta fase el juez determinará el contenido que los medios de prueba tratan de transmitir, es decir de lo que se trata es de “determinar el significado” de los medios de prueba que pasaron con éxito el test de fiabilidad, para lo cual el juzgador empleará las máximas de experiencia desarrolladas anteriormente.

La interpretación se dirige “a determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba practicada”<sup>296</sup> para lo cual el juzgador deberá tener en cuenta en primer lugar la voluntad de la parte que ha propuesto el medio probatorio, sin embargo es posible que al interpretar un medio probatorio, este sirva para probar lo sostenido por la parte contraria, por lo que es necesario resaltar la importancia que tiene el “*thema decidendi*” delimitado por las partes, así por consiguiente el juzgador no podrá utilizar un significado o interpretación de un determinado medio de prueba si es que ella no tiene relación con la pretensión solicitada por alguna de las partes, independientemente de quien haya ofrecido dicho medio probatorio.

Por otro lado, hay ocasiones en que un mismo medio de prueba puede servir de base a las dos hipótesis en contienda, en tal caso Igartua<sup>297</sup> aconseja

---

<sup>296</sup> *Ibíd.*, 217.

<sup>297</sup> Igartua Salaverría, Juan, *op. cit.*, p. 177.

asumir provisionalmente cada una de las interpretaciones por separado y establecer cual es más compatible con otros datos probatorios.

Cabe resaltar que esta etapa de interpretación tiene un vínculo estrecho con la siguiente, es decir con el juicio de verosimilitud, pues en ella también entran en juego las máximas de experiencia, por lo que se podría considerar al establecimiento de significado de los medios de prueba como parte del juicio de verosimilitud, sin embargo su desarrollo independiente se hace necesario a efectos expositivos.

De dicho modo, en la motivación se hace necesaria la mención de las máximas de experiencia que se utilizaron para darle un determinado significado a un medio probatorio. Por lo que esta fase se cumplirá adecuadamente por un lado, al expresar las máximas de experiencia utilizadas por el juzgador para otorgarle significado al medio de prueba que haya pasado con éxito el juicio de fiabilidad, y por otro, el significado del medio de prueba mismo, por lo que debe haber una correlación lógica entre éstos dos requisitos.

**d. Juicio de verosimilitud:** Mediante este examen el juzgador debe valorar<sup>298</sup> la apariencia de veracidad de los hechos obtenidos mediante la interpretación de los medios probatorios realizada anteriormente, lo cual será controlable mediante la expresión de las máximas de experiencia empleadas por el juzgador, de ahí la importancia de incluirlas en el discurso de motivación de la “*quaestio facti*”.

El juzgador en esta etapa verifica que el significado obtenido del medio probatorio sea aplicable a la realidad, es decir que no sea contrario a las reglas comunes de experiencia, como las leyes físicas o naturales, así por ejemplo puede darse el caso de que el juez ante un testimonio obtenga como significado de dicho medio probatorio que una persona de 200 años firmó un determinado documento, dicho medio de prueba no pasaría el juicio de

---

<sup>298</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit. p. 195.

verosimilitud pues es contraria a las leyes de la naturaleza, por lo que se hace necesaria la mención en la motivación fáctica el resultado del examen de verosimilitud, así como la máxima de experiencia empleada.

Adicionalmente cabe señalar que con respecto a las pruebas tasadas no se hace necesario el juicio de verosimilitud, puesto que la ley la estableció (su verosimilitud) de antemano y ello se verifica mediante la subsunción del hecho obtenido por la interpretación del medio probatorio que la sustenta en el supuesto de ley abstracto que contiene una máxima de experiencia. Por lo que en caso de prueba de libre apreciación sí se hace necesaria realizar el juicio de verosimilitud al medio de prueba, mientras que en la prueba legal o tasada, ello estaría dado por la misma ley general.

- e. **Juicio comparativo:** En esta etapa el juzgador realiza una comparación entre los hechos alegados inicialmente por las partes y los hechos tenidos como verosímiles por el juzgador resultado de los exámenes realizados previamente a los medios probatorios, de manera que se determinará si los hechos alegados por las partes se reafirman o no con los hechos verosímiles establecidos por el juez, lo que dará como resultado que “los hechos probados que no coincidan con los hechos alegados por las partes no podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador por no formar parte del *“thema decidendi”*”.

Es aquí donde se manifiesta la importancia que tienen las partes al aportar los hechos y la imposibilidad del juzgador de no basar su decisión en hechos que no hayan sido considerados por las partes, así como que toda decisión en relación a los hechos debe tener en cuenta el *“thema decidendi”* propuesto por las partes, por lo que no existe posibilidad de que el juzgador se pronuncie con respecto a hechos no aportados por las partes.

Esta confrontación entre los hechos alegados por las partes y los hechos con carácter de verosímiles, debería ser incluido en la motivación de la sentencia, ello pues debido a su carácter cerrado y autosuficiente, de manera que todo aquel que pretenda examinar un proceso pueda conocer los motivos

que llevaron al juzgador a tomar una determinada decisión con el solo análisis de la sentencia, de no hacerlo de dicho modo, el examinador deberá recurrir a otros documentos adicionales como las alegaciones de las partes o la propia demanda o su contestación para así comprobar si los hechos tenidos como probados se condicen con los hechos alegados inicialmente por las partes.

Debido a lo mencionado, deberá incluirse en la motivación, un resumen del examen comparativo realizado entre los hechos probados por el juzgador y los hechos alegados inicialmente por las partes.

Así, el examen individual plasmado en la motivación deberá contener “la identificación de las fuentes de prueba y la valoración de su correspondiente fiabilidad, la descripción de los medios de prueba que suministran las susodichas fuentes y, finalmente, la decantación de los elementos de prueba pertinentes contenidos en los medios suministrados por las fuentes.”<sup>299</sup>

- (ii) **La Valoración conjunta:** Igartua Salaverría<sup>300</sup> citando a Andrés Ibáñez señala que “la valoración conjunta de la prueba en su versión histórica era en realidad una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo”. Así un juzgador que se limite a decir “practicadas las pruebas a, b, c, y libremente apreciadas con arreglo a ley, es la honesta convicción de este juzgador que...”<sup>301</sup> no llevaría a cabo realmente una adecuada motivación de su decisión.

Ello nos llevaría a pensar en la inutilidad de la valoración conjunta de la prueba, debido a la importancia y utilidad de la valoración individual expuesta anteriormente, sin embargo no se debe perder de vista la necesidad de la valoración conjunta, ya que estos dos tipos de valoración no se contradicen, sino que se complementan teniendo un espacio cronológico establecido, pues

---

<sup>299</sup> Igartua Salaverría, Juan op. cit., pp. 117 – 118.

<sup>300</sup> Ibídem, p. 112.

<sup>301</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*”, p. 185.

en primer lugar se debe llevar a cabo el examen individual y posteriormente la valoración conjunta.

Es necesario destacar que valorar conjuntamente las pruebas no quiere decir que se deba tener en cuenta “todos” los medios de prueba aportados por las partes, pues de considerar a la valoración conjunta de dicho modo se corre el riesgo de no llegarse a establecer una decisión de los hechos “verdadera”, pues en dicho caso todos los medios de prueba aportados por las partes tendrían el mismo valor probatorio, por lo que los hechos que sustentan serían todos ciertos, así el juez atendería únicamente a la mayor o menor coherencia de las hipótesis defendidas por una u otra parte.

Mediante el examen global, se confrontan todos los resultados probatorios para establecer un “*iter*” fáctico que se expresará en el relato de hechos probados, por lo que en el examen global deberá tenerse en cuenta que “la necesidad de organizar de modo coherente los hechos que resulten acreditados por las diversas pruebas, sin contradicciones, y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendido por las partes (*petitum*), son las finalidades que se persiguen con dicho examen global”<sup>302</sup>.

Por otro lado en la motivación, no es solamente necesario la enunciación de los medios de prueba y la versión de los hechos sostenida en la decisión del juzgador, sino sobretodo explicitar por qué dichas pruebas y la versión de los hechos aportada por la parte derrotada no causaron convicción en el juzgador, ello es necesario ya que la motivación de la sentencia tiene utilidad sobre todo para la parte vencida, pues ella es la principal interesada en saber los motivos de su derrota a fin de despejar toda duda razonable de la corrección de la decisión del juzgador, ya que es posible que “el juez excluya de la motivación la apreciación de pruebas relevantes, particularmente si su resultado no coincide o, sobre todo, contrasta con los resultados sobre los que el juez funda su reconstrucción de los hechos”<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit. p. 203.

<sup>303</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 123

Por ello es necesaria la reproducción del contradictorio, ya que de todos modos, en primer lugar el juzgador deberá presentar las pruebas que sustentan la hipótesis adoptada por él y posteriormente deberá desarrollar los medios de prueba que refutan dicha posición adoptada, en este contexto, es de vital importancia la teoría del “falsacionismo” de Karl Popper, de modo que se pueda establecer si realmente las pruebas de la hipótesis vencedora son atendibles o si por el contrario, existe algún medio de prueba que pueda hacer trastabillar lo sostenido por la hipótesis vencedora.

Así mismo la exigencia de complitud de la motivación fáctica de la decisión evitará que el juzgador incurra en el vicio de apreciación unilateral de las pruebas<sup>304</sup>, lo cual se puede presentar cuando el juzgador solo utilice los medios de prueba que sostengan su decisión, sin mencionar las pruebas que lo contradigan; o también cuando el juez elige “*a priori*” una versión de los hechos y posteriormente seleccione los resultados de los medios probatorios que confirmen su hipótesis, en vez de establecer su relato de los hechos en base a los resultados de los exámenes realizados a todos los medios probatorios, por lo que su importancia reside en que “a través de ella se garantiza que el órgano jurisdiccional examine y tenga en cuenta todos los posibles resultados probatorios, aunque posteriormente no sean utilizados en la justificación de la decisión del “*thema decidendi*””.

Por ello se deberá incluir todos aquellos medios de prueba que sostienen no solo la hipótesis de la parte vencedora, sino además la de la parte vencida, lo que nos dará un panorama completo del juicio de hecho realizado por el juzgador.

- 1. Criterios en la valoración conjunta:** En primer lugar, el relato de los hechos probados deberá ser coherente, es decir no debe contener contradicciones internas, por lo que su punto de partida es el listado de hechos que son tomados como probables en atención a los medios probatorios examinados, conectando así los hechos probatorios principales con los secundarios, de

---

<sup>304</sup> Colomer Hernández, Juan, op. cit., p. 206.

manera que sean compatibles entre sí. Al respecto de la coherencia Maccormick señala que “debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el resto de conocimientos del que disponemos”<sup>305</sup>.

En segundo lugar se deberá tener en cuenta las pruebas en contra que hagan menos probable el relato de los hechos probados, por lo que el juzgador debe tener en cuenta que el relato escogido por el juzgador deberá tener un alto grado de probabilidad o por lo menos que sea el más probable de entre todas las opciones, por lo que es necesario también considerar las contrapruebas a la hipótesis escogida a fin de determinar su grado de verdad o probabilidad, por lo que no solo es necesario que el relato sea el más coherente, pues de hacerlo así la concepción de la prueba sería únicamente de corte persuasivo, por lo que el relato de los hechos debe basarse en pruebas que hayan sido demostradas su validez en el examen individual, por ello, “la coherencia no constituye la verdad, pero contribuye a garantizarla”<sup>306</sup>.

Colomer por su parte señala que al elaborar el relato de hechos probados el juez debe tener en cuenta: “a) los hechos que se consideren probados deberán ser expuestos armónicamente por el juzgador, lo que significa que el relato de hechos probados deberá ser coherente y son contradicciones internas; b) los hechos que se consideren probados deben ser congruentes y concordantes con los alegatos de las partes”<sup>307</sup>.

Gonzales Lagier<sup>308</sup> por su parte señala además que la probabilidad de los hechos “es mayor cuanto menor es la cadena de inferencias que lleva a ellos”, ya que en la mayoría de los casos los hechos a probar son conclusiones de otras inferencias, debido a que el juez tiene que decidir sobre hechos que han tenido un estadio temporal pasado, por lo difícilmente el juez pueda tener un conocimiento directo de ellos.

---

<sup>305</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*”, p. 91.

<sup>306</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 166.

<sup>307</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 197.

<sup>308</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio facti...*”, pp. 81 – 84.

Así también que se debe considerar el mayor o menor número de hechos que apunten a una determinada hipótesis, sin embargo debe tenerse en cuenta también la calidad de los hechos, así un hecho con un alto grado de probabilidad es preferible a una cadena de hechos que no tengan una probabilidad alta.

Otro aspecto que debe considerarse es la variedad de hechos por probar que apuntan a una misma hipótesis, ya que no es lo mismo una hipótesis sostenida mediante una gran número de por ejemplo declaraciones de testigos, que aquella que se sustente en testimonios, documentos y pericias; adicionalmente estos hechos deberán ser pertinentes, lo cual no se configurará “cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones, ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas”, un ejemplo de ello lo tenemos en nuestro Código Procesal Civil en su artículo 220°, el cual señala que nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos cuando por disposición legal pueda o deba guardar secreto, así por ejemplo es posible que se declare impertinente una declaración que se base en conocimientos que estén bajo la protección del secreto profesional o aquellos que tengan un carácter confesional.

## 2. Pasos en la valoración conjunta de las pruebas:

### a. Convencimiento respecto a un “*factum probandum*” individual:

Sometidos los medios probatorios a una prudente apreciación por parte del juez, el siguiente paso es establecer aquella versión de los hechos que ha logrado en el juzgador convencimiento, mediante “comparación, combinación o exclusión de las diversas versiones obtenidas del “*factum probandum*”<sup>309</sup>.

Ello será posible mediante una valoración de conjunto de todos los medios probatorios que tengan como objeto un mismo hecho a probar, por lo que la motivación deberá contener con respecto a esta etapa, la valoración en

---

<sup>309</sup> *Ibíd*em, p. 230.

conjunto de dichas pruebas, hechas por el juzgador sobre un mismo hecho, además del criterio de convencimiento utilizado, lo que dará como resultado una valoración unitaria y global.

Como se mencionó es necesario también la explicitación del criterio de convencimiento común a todas las pruebas adoptado por el juzgador (probabilidad, plausabilidad, etc.) de modo que sirva de control de racionalidad para establecer si una sentencia es arbitraria o no.

- b. Elaboración del relato de hechos probados:** En ella se establece el “*iter*” fáctico que será incluida en la motivación de la sentencia, para ello se debe cumplir con ciertos requisitos<sup>310</sup>:
- i. Valoración completa de los resultados probatorios:** El juzgador debe mencionar expresamente que al elaborar el relato de hechos probados, ha tenido en consideración todos los resultados probatorios mediante una valoración en conjunto de ellos.

Colomer menciona que es una práctica común que el juzgador solamente asegure que ha realizado un examen en conjunto de los resultados probatorios sin que por ello sea necesario que incluya la valoración de cada elemento de prueba, lo que para el autor español sería el “contenido mínimo de la motivación fáctica”, sin embargo no señala como se logra esto sin hacer referencia expresa a la valoración de cada elemento de prueba aportado por las partes, pues ¿Cómo se puede garantizar a las partes que el juzgador tomó en consideración la totalidad de los resultados de los exámenes realizados a los medios probatorios de las partes, sino con la inclusión expresa de dicho examen individual a cada medio probatorio ofrecido por las partes en el relato de la motivación?.

Además de ello es práctica común no mencionar una refutación expresa de todos aquellos medios de prueba que no han logrado convencimiento en el

---

<sup>310</sup> *Ibíd*em, pp. 233 – 241.

juzgador, por lo que es necesario que <sup>311</sup>“cuando una de las partes haya subrayado la relevancia, en el sentido que sea, de una determinada circunstancia de H, el juez debe justificar su juicio de irrelevancia (...) y cuando una de las partes haya alegado la irrelevancia de una circunstancia que si ha sido tomada en consideración, el juez ha de fundamentar, con arreglo a los requisitos de racionalidad argumentativa (...) su juicio de la relevancia de esa circunstancia”.

Ello, personalmente considero debería ser una obligación primordial del juez, pues como se mencionó anteriormente, quien más interesado va a estar en saber el resultado de los medios probatorios ofrecidos será la parte que no logro convencimiento con su relato de los hechos y las pruebas aportadas, por lo que estimo necesaria la inclusión junto al examen individual de los medios probatorios, la mención de los motivos por los que lograron o no convencimiento en el juzgador.

La sola mención de la frase “se ha tomado en cuenta la totalidad de los medios probatorios...” no es suficiente, es necesario demostrar que de hecho se hizo de dicha manera, por lo que la inclusión del examen individual se hace ineludible para redactar una motivación adecuada con respecto a la “*quaestio facti*”.

- ii. **El criterio de convencimiento empleado por el juez:** Acertadamente Colomer señala que “la decisión jurisdiccional, que se manifiesta en la redacción del relato de hechos probados, encuentra su razón de ser en la existencia de un criterio ordenador del conjunto de los resultados probatorios, que garantice la lógica y la coherencia en la selección de los hechos probados”. Para ello este criterio debe ser aplicado a la totalidad de los resultados probatorios, por lo que no sería aceptable usar un criterio solo en unos resultados probatorios y en otros no, ello debido a que se debe respetar el principio de complitud de la motivación de la sentencia.

---

<sup>311</sup> García Amado, Juan Antonio, “*La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*”, El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho, op. cit., p. 182.

Por otro lado, la adopción del criterio deberá ser posterior a la apreciación de la totalidad de los medios de prueba, pues de no hacerlo así, se corre el riesgo que el juzgador solamente aprecie los medios de prueba que concuerden con el criterio de valoración adoptado, por lo que con ello no se cumpliría con el requisito de valoración individual de la totalidad de los medios de prueba ofrecidos por las partes.

Adicionalmente el juez solo deberá aplicar un único criterio de valoración pues<sup>312</sup> “en un eventual empleo de dos o más criterios de relevancia probatoria, será contrario a un racional discurso de justificación de la *quaestio facti*, ya que en tal caso se estaría sometiendo a los resultados probatorios a dos criterios diferenciados de convencimiento sin que pueda ser controlable las razones que llevan al juez a aplicar uno u otro”.

Sin embargo Colomer señala que ello podría ser posible siempre y cuando “la motivación fáctica incluya expresa referencia a las reglas aplicadas por el juez para utilizar uno u otro criterio de relevancia según los casos que se presenten”. Sin embargo creo yo que a fin de que la motivación guarde coherencia y uniformidad sería recomendable la utilización de un único criterio de valoración, ya que de no hacerlo se dificultaría el ejercicio del derecho de defensa de la parte que pretende impugnar dicha decisión y llevarla a revisión por el juez superior.

No está de más mencionar que el criterio adoptado debe ser mencionado de manera expresa, ello será de utilidad sobre todo con relación a las alegaciones desestimadas por el juzgador, ya que se dificultaría establecer el motivo de rechazo de dichas alegaciones si no se incluye expresamente el criterio adoptado.

Finalmente cabe resaltar lo mencionado por Montero Aroca<sup>313</sup>: “una sentencia en la que no se diga de modo claro cuáles son los hechos afirmados por las partes y cuáles de ellos han quedado probados, carece de motivación fáctica”, asimismo

---

<sup>312</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 240.

<sup>313</sup> Salinas Solís, Gary y otro, op. cit., p. 71.

el autor español señala que deberán incluirse en la motivación no solo aquellos hechos que no tengan la calidad de controvertidos debido a que las partes armonizan sus posiciones respecto a tales hechos, sino además aquellos hechos que sí tiene carácter de controvertidos.

Por su parte Taruffo, citado por Cavallone expresa “si no ha ocurrido el supuesto de hecho del que depende la aplicación de la norma, esta no puede ser aplicada al caso concreto. Si, con todo, es aplicada faltando este presupuesto, la decisión que se sigue es defectuosa y resulta jurídicamente errónea”<sup>314</sup>.

Es el derecho (la ley) lo que determina en el proceso que es un hecho relevante, es decir pasible de protección jurídica, pues luego de establecer los hechos probados, identificar la hipótesis en la que pueden enmarcarse racionalmente con un mayor grado de probabilidad y elaborar el relato de los hechos probados, el juzgador tendrá la tarea de someter dichos hechos a su calificación jurídica, por lo que de no poderse enmarcar en ningún supuesto abstracto ofrecido por la ley, la demanda devendrá en improcedente, en cambio si es posible la subsunción de la premisa fáctica en la premisa legal, procederá la demanda.

El hecho de que se le conceda al juez valorar libremente las pruebas, acrecienta su obligación de motivar, pues para justificar que el uso de la libre valoración no es irracional o arbitrario, debe justificar el valor probable que se desprende de cada medio de prueba, lo que dará fuerza argumentativa a su juicio de hecho.

### **3) REQUISITOS DE UNA ADECUADA MOTIVACIÓN**

#### **a) Requisito de logicidad de la motivación:**

Para cumplir con una adecuada motivación de la sentencia, el juzgador debe tener en cuenta la justificación de su decisión en sus dos dimensiones interna y externa; pese

---

<sup>314</sup> Cavallone, Bruno y otro, op. cit., p. 37.

al papel preponderante que tiene en la actualidad las teorías de la argumentación jurídica, las cuales ponen énfasis en el carácter de aceptabilidad y adecuación de los argumentos que justifican la decisión judicial con respecto a la “*quaestio iuris*” y a la “*quaestio facti*”, no debe perderse de vista el papel que juega el control de logicidad de dichas premisas, puesto que, para que sea válido un razonamiento (en este caso justificativo) es necesario que guarde la apariencia de un razonamiento lógico, mediante un silogismo jurídico, sin que ello signifique que sea suficiente, ni que el razonamiento deductivo sea la manera en que dichos argumentos sean considerados por el juzgador como justificativos de las premisas jurídica y fáctica de su decisión. Es por ello que, aunque sea brevemente, se establezca el papel de la lógica deductiva en la motivación de las sentencias.

Alchourrón y Bulygin atendiendo a la motivación en su dimensión de justificación interna de la decisión señalan: “Como lo que tiene que solucionar es un caso individual, la solución que figura en la conclusión (parte dispositiva) de una sentencia normativa tiene que ser una solución individual (...) La justificación de una solución individual consiste en mostrar que ella deriva de una solución genérica. Por lo tanto, la fundamentación de una sentencia normativa es su derivación del sistema normativo (sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas)”<sup>315</sup>.

Por lo que se cumpliría el requisito de la motivación interna de la motivación si ella está fundamentada en una norma general que mediante interpretación da como resultado una norma individual aplicable al caso concreto.

Debido a ello, en dicho razonamiento se hace necesaria la presencia del silogismo judicial en el que existe una premisa mayor o normativa y una premisa menor o fáctica, que den como resultado una solución o decisión del caso concreto, la cual debe seguirse o derivarse mediante un razonamiento deductivo de las premisas que son su fundamento.

---

<sup>315</sup> Zuleta, Hugo, “*La fundamentación de las sentencias judiciales, una crítica a la teoría deductivista*”, en *Isonomía*, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 23, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Octubre, 2005, p. 62.

A pesar de la necesidad de aplicar la lógica deductiva en el razonamiento justificativo del juzgador, a fin de cumplir con el requisito de justificación interna, la lógica no nos brinda criterios para identificar las premisas normativas ni justificarlas, por lo que es necesario realizar una operación interpretativa en la norma general, mediante los diversos métodos de interpretación jurídica que tiene a su disposición el juzgador, la cual atiende a diversos criterios como: a) las cogniciones, orientaciones teóricas, ideologías, exigencias prácticas y preferencias irracionales (sentimientos, pasiones, emociones) que, combinadas de manera distinta lo que podría denominarse, “la perspectiva de los interpretes”; b) la posición institucional de quien ha formulado el enunciado normativo objeto de interpretación; c) la relevancia institucional del documento normativo dentro del cual ha sido formulado el enunciado objeto de interpretación; d) la presencia o ausencia, en el discurso de las fuentes del derecho en sentido formal (constitución, legislación, reglamentos, etc.) de enunciados que versan sobre la interpretación”<sup>316</sup>.

Debido a que las leyes al ser enunciados lingüísticos, padecen deficiencias en su formulación, las cuales deberán ser llenadas por el intérprete, a fin de aplicar dichas normas generales al caso concreto, se dará cumplimiento a la justificación externa de la motivación, atendiendo a requisitos que no son considerados por la lógica deductivista.

Sin embargo, los juicios interpretativos que sirven de justificación a la premisa normativa de la inferencia deductiva pueden ser “reconstruidos” como una operación silogística, pero solo eso, solo ser “reconstruido” ya que ella no es la manera en que el juzgador lleva a cabo las interpretaciones de la ley general a aplicar, por lo que el alcance práctico de la lógica formal es limitada para generar una adecuada motivación de la sentencia, ella debe complementarse con los juicios interpretativos de la justificación externa de la motivación. Justificar internamente significa que el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente deducible.

Del mismo modo la valoración de los hechos y las pruebas que los fundamentan pueden ser reconstruidos mediante una estructura inferencial desarrollada por

---

<sup>316</sup> Chiassoni Pierluigi, “*Notas para un análisis silogístico del discurso judicial*”, (trad. J. M. Vilajosana) en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 20, Universidad de Alicante, Alicante, 1997, p. 56.

Toulmin<sup>317</sup>, ya que luego del examen individual de los medios probatorios ofrecidos por las partes, llega el momento de la valoración conjunta de los hechos, la cual tendrá la forma de una inferencia probatoria, es decir se tomarán en cuenta aquellos hechos probados en el proceso sostenidos por las partes y se vincularán o encadenarán a la hipótesis de los hechos que aparece mejor justificada, para lo cual dicho razonamiento se presentará como una estructura lógica.

A pesar de que como se puede apreciar, la lógica formal y por consiguiente la figura del silogismo jurídico sigue teniendo una cierta utilidad en la forma como se presenta la decisión del juzgador, puede suceder que “una estructura formalmente correcta de una argumentación pueda coexistir con la incorrección material en la dirección del caso, o de hecho con algún error argumentativo en el establecimiento de una o varias premisas”<sup>318</sup>, lo que pone de nuevo de manifiesto que el uso de la lógica formal no agota las necesidades de una adecuada motivación de la sentencia.

La operación silogista del juzgador se puede apreciar con mayor fuerza en los llamados casos fáciles, sin embargo podría pensarse que ello no es posible en los llamados casos difíciles, puesto que la lógica formal esta llamada a garantizar la logicidad entre dos premisas de un resultado y que en dichos casos gana mayor interés la justificación externa de la motivación por la misma naturaleza del caso concreto, al respecto Enrico Diciotti citando a Alchourrón y Bulygin señala que “todos estos razonamientos (esto es los razonamientos de los jueces y de los juristas) pueden ser explicados por la lógica deductiva común, simplemente haciendo explícitas las premisas tacitas o suprimidas. Una vez que esas premisas ocultas son expresamente declaradas, el razonamiento deviene lógicamente valido”<sup>319</sup>.

En efecto las premisas del silogismo judicial a su vez son decisiones, cuya justificación externa serían las premisas de ellas, por lo que el razonamiento judicial

---

<sup>317</sup> Gonzales Lagier, Daniel, “*Quaestio Facti. Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*”, Palestra, Lima, 2005, p. 55.

<sup>318</sup> Maccormick, Neil, “*La Argumentación silogística: una defensa matizada*”, (trad. Juan Antonio Pérez Lledó), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 30, Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 327-328.

<sup>319</sup> Diciotti, Enrico, “*Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces*”, (trad. Jordi Ferrer Beltrán), en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 20, Universidad de Alicante, Alicante, 1997, p. 92.

se puede “reconstruir” como un conjunto de inferencias deductivas, sin embargo no nos presta auxilio al determinar la validez de esos juicios, por lo que la lógica formal nos sirve para constatar que de una decisión se sigue un resultado, pero no para establecer la validez de esas decisiones.

Piénsese en el ejemplo clásico señalado por Manuel Atienza en más de una ocasión, de la huelga de hambre de los presos del GRAPO, en cuyo caso se decidió darle preferencia a la tarea del Estado de garantizar la salud pública de sus habitantes en vez del derecho de libre determinación personal de los ciudadanos. El razonamiento puede reconstruirse de la manera siguiente: 1) La ley establece que es tarea del Estado garantizar la salud pública de sus habitantes; 2) los presos del GRAPO están poniendo en riesgo su salud mediante una huelga de hambre; 3) consiguientemente El Estado debe aplacar la huelga de hambre a fin de cumplir con el mandato legal de garantizar la salud pública de los habitantes.

Como se pudo apreciar, el razonamiento judicial pudo ser “reconstruido” de manera silogística, sin embargo no nos dice nada acerca de los motivos o justificaciones de porque se prefirió darle mayor importancia al asegurar la salud pública que a la libre autodeterminación personal.

En caso contrario, pudo ocurrir lo siguiente: 1) el Estado garantiza la libre determinación individual de sus habitantes; 2) los presos del GRAPO ejercen dicha libre autodeterminación personal mediante una huelga de hambre; 3) por consiguiente el Estado debe respetar dicha huelga de hambre.

A pesar de que lógicamente es correcta la solución que pudo adoptarse en este caso, tampoco nos dice nada acerca de porque se prefirió darle mayor importancia al derecho de libre autodeterminación personal, por lo que podemos concluir que la lógica formal no puede ser el único recurso al que recurra el juzgador para presentar una adecuada motivación de su decisión. Por lo que, “el juez – o los jurados – toman sus decisiones de forma irracional – o por lo menos arracional – y posteriormente las someten a un proceso de racionalización. La decisión, por tanto no se basa en la

lógica, sino en los impulsos del juez por determinados factores políticos, económicos y sociales, y sobre todo, de su propia idiosincrasia”<sup>320</sup>.

Vigo citando a Klug señala que “la forma básica del razonamiento jurídico es el silogismo jurídico” sin embargo en dicho silogismo se tiene que tomar en cuenta las aportaciones del razonamiento práctico, por lo que para una adecuada motivación el juez no debe hacer uso exclusivo de la lógica formal, sino además de “elementos para-lógicos o retóricos, así como elementos extra lógicos donde está dogmáticamente impuesta para el jurista presunciones, ficciones, etc.” Ya que como señalan Alchourrón y Bulygin “aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento, uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es – o más bien puede ser – reconstruido como una inferencia deductiva”<sup>321</sup>.

En todo caso una decisión judicial será válida atendiendo a la lógica formal, si la premisa normativa toma en consideración la premisa fáctica del razonamiento judicial y de ellas se deduce un determinado resultado, sin embargo la utilidad del silogismo judicial se limita a presentar los juicios del juez de manera racionalizada, ya que no nos proporciona herramientas para establecer las premisas normativa ni fáctica, ni como argumentar en favor de una u otra opción cuando el juez tenga varias alternativas de decisión.

Así pues, el uso del silogismo tiene solamente un papel reconstructivo de los juicios del juez, por lo que concuerdo con Maccormick<sup>322</sup> cuando señala que: “a fin de cuentas, no es que sea el silogismo jurídico por sí solo lo que determina el resultado del caso. Algunos o todos los términos de la ley tendrán que ser interpretados, y los hechos del caso han de interpretarse y evaluarse para determinar si verdaderamente cuentan, si realmente encajan en la ley. Pueden y deben darse razones a favor de las interpretaciones preferidas que son decisivas en un caso” y añade “esas razones corresponden a una lógica de probabilidades, no de certezas, así que esa es al final la

---

<sup>320</sup> Atienza, Manuel, *“Las razones del derecho. Sobre la justificación...”*, p. 58.

<sup>321</sup> Vigo, Rodolfo Luis, *“Razonamiento justificatorio...”*, pp. 490 – 491.

<sup>322</sup> Maccormick, Neil, op. cit., p. 332.

verdadera lógica del asunto”, por lo que los argumentos esgrimidos para defender una cierta interpretación de la ley y una valoración de los hechos tendrán como marco la figura del silogismo judicial, la cual solo tendrá un uso reconstructivo y racionalizador el razonamiento justificativo del juzgador.

**b) Requisitos Complitud: la motivación completa o congruente:**

La motivación completa exige requisitos de naturaleza cuantitativa, por lo que para poder decir que una motivación es completa, debe comprender todas las alegaciones y pedidos de las partes, con respecto a la “*quaestio iuris*” y a la “*quaestio facti*” propias del proceso, por lo que se hace necesario que las decisiones del juzgador con respecto a los hechos y el derecho, deben tener una motivación.

En necesario reconocer aquí que es derecho de las partes establecer los términos del proceso, por lo que si el juez deliberadamente no emitiera un pronunciamiento sobre alguna de las alegaciones o pedidos de las partes, estaría burlando su derecho de defensa.

Nuestro Código Procesal Civil no contempla expresamente la complitud de la motivación, ya que, refiriéndose con respecto a la sentencia, solamente ordena que esta debe ser expresa, precisa y motivada (artículo 121°), expresando los fundamentos de hecho y de derecho. (Artículo 122° inciso 3).

Por otro lado, el Artículo VII del Código Procesal Civil, establece que el juez tiene como límites sobre los que se tiene que pronunciar el petitorio del proceso y los hechos que tiene a su disposición, ya que como menciona Ledesma Narváez<sup>323</sup> “si esta se pronunciara más allá de lo pedido estamos ante sentencias *ultrapetita*, si se pronuncia agregando una pretensión no reclamada estamos antes las pretensiones *extrapetita* y si omite pronunciarse sobre alguna pretensión solicitada estamos ante la sentencia *citra petita*” .

---

<sup>323</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit., p. 66.

Por ello nuestro Código considerará completa una motivación si ésta solamente justifica la decisión al respecto del petitorio, tal como lo señala el Tribunal Constitucional<sup>324</sup> al mencionar que la debida motivación de las resoluciones judiciales, “obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)”.

Así también señala que “tampoco se garantiza que de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado”<sup>325</sup>. Esto se ve reflejado en la labor jurisdiccional, como se puede apreciar de lo expresa por el Tribunal Constitucional anteriormente señalado en la motivación como documento, por lo que no es de extrañar que se niegue la posibilidad de dar respuesta a todos los planteamiento de las partes, es decir a todas sus alegaciones o pedidos, costumbre que considero debería cambiar y por el contrario ser una práctica generalizada del juzgador el dar respuesta a cuanta alegación considere pertinente las partes del proceso, ya que son ellos los que establecen los términos del mismo.

- i) Casos de incumplimiento de la motivación completa:** Nuestro Tribunal Constitucional reconoce entre otras<sup>326</sup>, el incumplimiento de la obligación de motivar las sentencias cuando se otorga una motivación incompleta de la decisión adoptada, la cual se caracteriza por contener una “motivación incongruente”, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos de la pretensión, por lo que no debe confundirse con una motivación incoherente.

---

<sup>324</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, del 13 de Agosto del 2014, Expediente Nro. 0261-2013-PA/TC

<sup>325</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de Mayo del 2009, Expediente 00176-2009-PHC/TC

<sup>326</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 07 de Mayo del 2013, Expediente Nro. 01058-2011-PA/TC

**(1) La omisión total de motivación:** Este tipo de irregularidad es el más infrecuente en las sentencias, pues es poco probable que un juzgador emita su decisión sin expresar los motivos que lo llevaron a determinarla, sin embargo el Tribunal Constitucional<sup>327</sup> reconoce que se configura este supuesto cuando “no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”.

Sin embargo, es más probable que el juzgador considere que ha realizado una completa motivación si solamente menciona los dispositivos legales que aplicó y los hechos que él tiene por probados. Por ello es de vital importancia distinguir entre fundamentación y justificación, y en todo caso podría considerarse una motivación parcial si solo expresa la ley aplicable y los hechos probados de la decisión.

**(2) La omisión parcial de la motivación:** Ella se da cuando solamente se motiva en parte la decisión del juzgador. Ella es más común, pues puede darse el caso de que el juez justifique la interpretación hecha a la norma que sirve de base a su decisión, pero no incluya la justificación de porque tiene por probados unos determinados hechos y porque no consideró probados otros.

c) **Requisitos de suficiencia: La motivación suficiente:**

La motivación suficiente se centra en el aspecto cualitativo de la motivación, pues la suficiencia tiene como punto central el grado de aceptabilidad que tiene la decisión y la propia motivación, así lo señala Colomer<sup>328</sup> al expresar que “la suficiencia de la motivación se encuentra vinculada con la exigencia de un mínimo razonamiento justificativo para que pueda cumplir con las funciones que tiene asignado, y en particular, para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad a conocer las razones que apoyan la decisión para hacerla aceptable como legítima aplicación del sistema jurídico”.

---

<sup>327</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de Noviembre del 2009, Expediente Nro. 04061-2008-PHC/TC

<sup>328</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 350.

La suficiencia es un concepto indeterminado, ya que una motivación y su decisión serán suficientes atendiendo a las particularidades del caso, por lo que se pueda dar la situación de una motivación completa, pero que a su vez no sea una motivación suficiente, es decir que no satisfaga de una manera apropiada los requerimientos del caso, por lo que no debe confundirse los términos de motivación completa con motivación suficiente.

Por ello cabe preguntar, ¿Cuándo estaremos ante una motivación suficiente?, pues como hemos visto, ella tiene una amplitud indeterminada; en todo caso si las partes tiene duda sobre la suficiencia de la motivación de la decisión del juzgador “*a quo*”, pueden recurrir al juez “*ad quem*” para que realice un examen no solo de la completitud de la motivación, sino también de su suficiencia y así satisfacer el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

Como hemos visto en la motivación completa, el juzgador debe pronunciarse sobre el petitorio, con respecto a la “*quaestio iuris*” y a la “*quaestio facti*” del proceso. Con respecto a la “*quaestio iuris*” ésta para ser suficiente no solo debe establecer la norma en que se basa, sino explicitar todos los razonamiento jurídicos que hizo de la norma, abarcando su interpretación y su aplicación al caso concreto, por otro lado con respecto a la “*quaestio facti*”, no solo debe expresar que hechos tiene por probados, sino que debe exponer el examen que se hizo previamente de ellas, mencionando no solo porque se aceptaron unas, sino principalmente, porque se rechazaron otras.

#### i) **Requisitos de la motivación suficiente:**

**(1) La Racionalidad:** Un individuo común y corriente ante una situación que requiere que tome una determinada decisión, recurre a su propio sistema de valores, la cual, será la más racional para él. El juzgador al ser un individuo, también tiene un sistema de valores en los que basa sus decisiones, sin embargo, al realizar su labor jurisdiccional, debe atenerse a otro sistema para tomar sus decisión: dicho sistema estará constituido por el derecho, el cual está conformado por normas generales, que tiene la finalidad de tratar de ser predecible sirviéndose

de términos como “facultativo”, “obligatorio” y “prohibido”, las cuales sirven para establecer las posibilidades de acción que tiene el juzgador al aplicar el derecho.

Como menciona Caracciolo<sup>329</sup>, “en un estado de cosas individual que pertenezca a uno cualquiera de los estados genéricos, puede “obedecer” o “desobedecer” la norma, esto es, su acción puede ser “racional” con respecto al orden de preferencia que constituye el sistema normativo, o puede ser “irracional” si elige la otra alternativa”.

Por lo que, una decisión puede ser arbitraria a pesar de ser racional, pero dicha racionalidad debe ser objetiva, no subjetiva, ya que es necesario que el juzgador utilice el marco de predecibilidad ofrecida por el derecho.

El hecho de la exigencia de racionalidad en la motivación tiene como fuente el ordenamiento jurídico, para lo cual debemos tener en consideración la concepción del derecho como sistema excluyente establecido por Joseph Raz, por lo que los jueces “deben evaluar las disputas sobre la base de las reglas del sistema bajo el que operan, excluyendo todas aquellas razones que tengan carácter extrajurídico. Han de seguir un cierto cuerpo de normas con independencia de sus opiniones sobre su contenido, lo que no es incompatible con que les esté permitido actuar sobre la base de sus propias opiniones, cuando el propio Derecho les habilita para ello.<sup>330</sup>”.

Con respecto a la racionalidad objetiva Colomer<sup>331</sup> señala: “la racionalidad de la motivación es una racionalidad jurídica, puesto que solo las argumentaciones jurídicamente válidas podrán integrar una adecuada justificación, que satisfaga el derecho de los litigantes a una resolución motivada y fundada en derecho”. Por

---

<sup>329</sup> Caracciolo, Ricardo-Alberto, “*La racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva*”, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, p. 145.

<sup>330</sup> Ródenas, Ángeles, “*Razonamiento judicial y reglas*”, Fontamara, 1° reimpresión de la 1° edición, Mexico D.F., 2004, pp. 31-32.

<sup>331</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., 175.

otro lado, Igartua<sup>332</sup> señala que “aplicar una norma significa aducir una norma como fundamento de un comportamiento o decisión”.

Para que una motivación sea racional, es necesario que la ley nos dé un modelo de razonamiento justificativo que limite el alcance de la motivación. Así nuestra legislación menciona como límites la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*”, por lo que para que una motivación sea considerada racional sus argumentos no solo deben basarse en la ley, sino que dichos argumentos deben justificar los juicios de hecho y de derecho que sirven de premisa a la decisión.

A su vez es posible distinguir entre la racionalidad del discurso y la racionalidad de la argumentación; la primera engloba los requisitos que son comunes a todo acto de comunicación, mientras que el segundo abarca las argumentaciones estrictamente desde un punto de vista jurídico.

**(a) La racionalidad del discurso:** El juez, al redactar el discurso de la motivación, debe tener en cuenta que está sujeto no solo a un control endoprocésal sino también a un control extraprocésal. La exigencia de racionalidad en el discurso se exige atendiendo principalmente, pero no exclusivamente al control extraprocésal de la motivación, es decir el control que ejerce la ciudadanía en general de su decisión y su motivación.

Por ello es necesario tener muy en consideración las dimensiones semántica, gramatical y sintáctica del lenguaje, a fin de impedir la incoherencia lingüística del discurso. Para ello debe apuntar a que los términos usados sean de fácil comprensión para las personas no instruidas en derecho, de manera que puedan hacer un control efectivo sobre la motivación.

La motivación va a ser objeto de evaluación por parte de un auditorio técnico que está familiarizado con la terminología propia del derecho y del proceso judicial, y a un auditorio general que no tiene la obligación de tener dicha

---

<sup>332</sup> Igartua, Salaverría, Juan, op. cit., p. 16.

familiaridad con los términos jurídicos, por lo que el discurso de la motivación debe apuntar a ser accesible sobre todo al auditorio general.

- (b) **La racionalidad de la argumentación:** Para que la argumentación de la motivación sea racional “el juzgador debe acreditar la racionalidad de los elementos de hecho y de derecho usados en la justificación, además de la racionalidad de las reglas de inferencia empleadas para alcanzar la decisión<sup>333</sup>”.

Este requisito tiene implicancias tanto en la motivación interna como en la motivación externa de la decisión ya que por un lado, los argumentos de la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*” deben ser coherentes entre sí, y de esa coherencia se debe colegir la decisión adoptada por el juzgador; y por otro, los argumentos que sirven de base tanto a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti*, también debe ser coherentes por sí mismos; tómesese en cuenta que la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*” también son decisiones en sí, por lo que cada elemento que les sirvió para llegar a ser establecidas deben tener una justificación que les sirvan de sustento.

Como se vio, el requisito de racionalidad exige el respeto del juzgador de ciertos límites al elaborar la motivación de la sentencia, los cuales están conformados por las exigencias que nuestro ordenamiento legal exige a dicha actividad, así, nuestra Constitución Política establece en su artículo 139° inciso 5 que la motivación además de ser escrita debe mencionar expresamente la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustenta.

Además de ello, el artículo 122° inciso 3 del Código Procesal Civil dispone que las resoluciones deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto según lo actuado; finalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial menciona que las resoluciones deben expresar los fundamentos en que se sustentan, por lo que el juzgador tiene la obligación de pronunciarse sobre la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*” del proceso de su sentencia.

---

<sup>333</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 180.

Por lo que, una adecuada decisión y su correspondiente motivación exige que el juzgador ampare su decisión en derecho, siempre respetando el principio de jerarquía de las normas, como lo establece el artículo VII del Código Procesal Civil, debido a ello, el juzgador se encuentra vinculado a la normatividad del sistema jurídico para determinar sus decisiones, por lo que no sería aceptable que base sus decisiones en otro marco que no sea la ley, utilizando tanto las leyes y los principios jurídicos que la ley pone a su disposición, así como otras fuentes autorizadas por la misma ley para resolver un conflicto.

Esta vinculación del juez a la ley tuvo su origen en las reformas legislativas a partir de la revolución francesa que como ya vimos tuvo su exponente más representativo en la Escuela de la Exegesis, sin embargo sus principios tal como los postularon en su origen son actualmente insostenibles, ya que se reconoce no solo la insuficiencia del sistema jurídico, sino también la participación activa del juzgador en la aplicación de las leyes, sin caer en el extremo opuesto de negar la vinculación del juez a la ley, ya que dicha vinculación hace posible verificar la corrección de la aplicación de la ley ya sea por las partes, el juez superior jerárquico o la ciudadanía en general

Cabe señalar que el requisito de racionalidad de la motivación no se cumple con la sola mención de la ley a aplicable y los hechos tenidos por ciertos por el juzgador, es necesario que la ley sea interpretada, a fin de establecer si es aplicable al caso concreto, y por otro lado, es indispensable que se expresen las valoraciones que tuvo en consideración el juzgador para determinar la validez y la suficiencia de los medios probatorios al acreditar ciertos hechos como probados. Por ello no es necesaria solamente la fundamentación de la sentencia, sino además su motivación.

Es preciso mencionar por otro lado que nuestro sistema jurídico establece la obligación de adecuar las decisiones jurisdiccionales del juzgador a la ley y no que base sus decisiones en su sentido personal de justicia.

A pesar de que es muy común actualmente encontrar una gran variedad de posiciones que hacen énfasis en la relación del derecho y la moral y la superación del positivismo por el llamado movimiento neoconstitucionalista, que destaca que la moral está unida al derecho por básicamente la inclusión de principios en el ordenamiento jurídico, dicha pretendida relación no es del todo cierta pues estos principios son también una clase de norma y son también derecho desde el momento que son regulados por la legislación, y puesto que hay casos (“*hard cases*”) en los que dichos principios se contradigan, el juzgador siempre vinculado a la ley, establecerá mediante una ponderación, que principio o principios razonablemente les da preferencia en relación a otros en un caso concreto.

Sin embargo pese a lo mencionado, la misma ley permite el recurso a parámetros axiológicos en caso de dudas al aplicar el derecho pertinente al caso concreto, por lo que se reconoce el carácter discrecional de su actuación, lo cual no significa que no tenga que atenerse a los señalado por la ley en afán de conseguir seguridad jurídica en las decisiones de los juzgadores.

Finalmente no debemos olvidar en ningún momento que la actuación del juez está regido por el sistema jurídico y en ellas debe basar sus decisiones y motivaciones, dejando de lado juicios basados en su parecer y convicciones personales, pues como menciona Atienza<sup>334</sup> “La motivación de las decisiones judiciales está orientada hacia el propio sistema jurídico, hacia el cumplimiento de sus normas y valores, con total exclusión de lo que serían los deseos, preferencias e intereses del juez que toma la decisión: el derecho para los jueces, no puede ser un instrumento (como en el caso de los abogados o legisladores) sino que por así decirlo, es un fin en sí mismo”.

**(2)La Coherencia:** La coherencia de la motivación está íntimamente ligada con el requisito de racionalidad, pues no se puede decir que una motivación es racional sino no existe coherencia entre los elementos que la componen. Por otra parte es

---

<sup>334</sup> Atienza, Manuel, “*Las razones del derecho. Sobre justificación...*”, p. 345.

necesario diferenciar dos dimensiones de la coherencia aplicada a la motivación: por un lado tenemos la coherencia interna de la motivación y por otro la coherencia externa de la motivación.

**(a) La Coherencia interna:** Para que una argumentación sea internamente coherente, debe serlo lingüísticamente y argumentativamente.

**(i) La coherencia lingüística:** Para que una motivación sean coherente lingüísticamente, debe tener en consideración los factores semánticos gramaticales y sintácticos del lenguaje al momento de su redacción, de ese modo se puede evitar la confusión que, por ejemplo, se presentarse al usar palabras polisémicas con diversidad de significados y dicho término sea utilizado para referirse en el mismo documento a distintos elementos de la motivación.

El jurista argentino Sebastián Soler<sup>335</sup>, afirma que los conceptos jurídicos se asemejan a los conceptos geométricos, ya que si se excluye alguno de los elemento que los conforman, se desconfiguraría dicho concepto. Ello en parte es cierto pues, el lenguaje jurídico tiene términos que solo son aplicables en su medio, tales como acto jurídico, comodato, servidumbre, etc. Sin embargo son utilizados también términos que son empleados fuera del campo del derecho, como buenas costumbres, razonable, coherente, etc., por lo que es necesario que el juez especifique a que se está refiriendo cuando haga uso de términos que son utilizados coloquialmente.

Ello afectaría al auditorio técnico de la motivación, pues sería imposible que puedan conocerse efectivamente que es a lo que se ha referido el juzgador, por lo que este es un control que debe ejercer el juez sobre su discurso a fin de evitar el control posterior de un juez superior jerárquico, pues las partes podrán exigir su impugnación por considerarla ambiguo u oscura.

Así también perjudicaría al auditorio externo de la motivación, pues la ciudadanía para controlar la coherencia de los argumentos de la motivación

---

<sup>335</sup> Gómez, Astrid y otra, *"Análisis del lenguaje jurídico"*, editorial Belgrano, Buenos Aires, 1998, pp. 81 – 83.

necesitan en primer lugar que la comunicación sea clara y no queden lugar a dudas sobre lo que el juzgador quiso expresar mediante un término determinado.

Tal como menciona Aarnio<sup>336</sup>, “El intérprete jurídico no puede aspirar a un resultado que solo le satisfaga a sí mismo. En su lugar, tiene que llegar a un nivel de *aceptabilidad general* al atribuir un significado a una parte del texto jurídico. Un proceso de comunicación siempre conlleva una interacción social: del legislador al interprete, y, después, al auditorio de la interpretación; y viceversa”.

(ii) **La Coherencia argumentativa:** La coherencia argumentativa se ocupa específicamente del contenido justificativo de la motivación, tanto en su dimensión interna y externa, por lo que, puede apreciarse si existe coherencia argumentativa con relación a los argumentos de los hechos probados, los argumentos de los fundamentos jurídicos y los argumentos de los hechos probados y los fundamentos jurídicos entre sí.

**1. La coherencia de los argumentos de los hechos probados:** Es necesario que el juzgador elabore un discurso coherente con respecto a los hechos, para lo cual debe servirse de los hechos que tenga como probados.

Colomer menciona que son causas de incoherencia argumentativa de los hechos probados<sup>337</sup>: 1) la afirmación simultánea en un relato de hechos probados, de un hecho como existente y no existente, 2) la afirmación de un hecho como probado y como no probado en una misma sentencia, 3) la afirmación de dos hechos incompatibles como existentes y 4) la afirmación de un hecho y una consecuencia incompatible con el mismo.

**2. La coherencia de los argumentos de la fundamentación jurídica:** Ella se da al presentarse contrariedades con respecto a la interpretación que el juzgador realizó de la norma que considera aplicable al caso concreto. Son

---

<sup>336</sup> Aarnio, Aulis, “*Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*”, (trad. José Pedro Úbeda), en Doxa, cuaderno de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1986, p. 114.

<sup>337</sup> Colomer Hernández, Ignacio, p. 296.

casos en los que se presenta dicha contradicción: “1) la aceptación simultánea de los efectos incompatibles que pueda generar una norma, 2) un razonamiento jurídico y una consecuencia incompatibles entre sí, y 3) un razonamiento jurídico que se apoya en un razonamiento inexistente o erróneo”<sup>338</sup>.

**3. La coherencia entre los argumentos de los hechos probados y los de la fundamentación jurídica entre sí:** Para llegar a la decisión, el juzgador debe apoyarse tanto en una determinada interpretación jurídica de la ley y en una valoración que da como resultado probados ciertos hechos; la incoherencia se dará pues a este nivel si es que no es posible subsumir en el supuesto abstracto de la ley, el supuesto de hecho que resulta del examen de los hechos, ya sea por errores argumentativos con relación a las premisas de hecho o de derecho de la decisión, afectando a la totalidad de la motivación.

La incoherencia entre la justificación de la premisa jurídica y la justificación de la premisa fáctica traerá como consecuencia la incoherencia de la totalidad de la motivación, así como de la decisión adoptada por el juzgador.

**(b) La coherencia externa:** La coherencia externa de la motivación es la que debe existir entre la motivación y la decisión adoptada en el documento de la sentencia y entre la motivación y la decisión adoptada en otras resoluciones judiciales que el juez haya emitido en otros casos de versen sobre la misma materia.

**(i) La coherencia entre la motivación y la decisión dentro del documento de la sentencia:** Es clara la relación existente entre la motivación y la decisión, pues no se puede entender una sin la otra, por lo que el juez debe motivar la totalidad de las decisiones adoptadas en el documento de sentencia.

Es necesario diferenciarla de los casos de motivación incongruente en los que se da un “desajuste entre el fallo judicial y los términos de la pretensión” formulados por las partes; por lo que solo habrá motivación incoherente cuando exista una “falta de coincidencia” entre lo que se decide y lo que se motiva.

---

<sup>338</sup> *Ibídem*, p. 297.

Colomer<sup>339</sup> señala algunas causas de motivación incoherente entre motivación y fallo, lo cual se puede presentar cuando: 1) la motivación no justifica todos los pronunciamientos del fallo; 2) la motivación justifica todos los puntos del fallo y alguno más, ajeno al mismo; 3) la motivación contiene una argumentación absolutamente desconectada de los pronunciamientos del fallo; y 4) las conclusiones de la motivación son radicalmente diversas u opuestas con relación a los puntos de decisión contenidos en el fallo

(ii) **La coherencia entre la motivación y otras resoluciones judiciales sobre la materia:** Es una costumbre extendida que los jueces se sirvan de la revisión de casos previos que hayan decidido sobre una materia concreta para poder orientar su actuación, no solo de resoluciones emitidas por ellos mismos, sino también por otros órganos jurisdiccionales, esto es debido al carácter de universalidad que toda sentencia busca, es decir busca que su solución sirva como guía a otras que tengan similares características.

Por ello el control de coherencia en este caso estará dado por la coherencia existente entre la decisión adoptada como solución a un determinado caso concreto y las decisiones tomadas con anterioridad por el mismo juez sobre materias similares. Sin embargo, el juzgador tiene expedita la facultad de apartarse de los precedentes si es que lo considera más adecuado, siempre justificando dicha decisión.

(3) **La Razonabilidad:** La razonabilidad hace referencia al grado de aceptación que tiene una motivación por las personas. El control de la razonabilidad de las motivaciones se da principalmente cuando el juzgador tenga que elegir entre dos soluciones legítimas como solución al caso y, para ello deba recurrir a razones que superen lo señalado por la norma.

Claro que, en la mayoría de los casos la ley prevé las consecuencias de un acto (por ejemplo cuando la ley establece los requisitos de nulidad de un contrato), por lo que en la presente situación, la razonabilidad de la motivación y de la decisión

---

<sup>339</sup> *Ibíd.*, p. 302.

estarían presupuestos por la sujeción a la ley, es decir por el cumplimiento del requisito de racionalidad de la motivación y la decisión; sin embargo hay que tener siempre en cuenta que “la racionalidad es una condición necesaria de lo razonable, aunque no automáticamente una condición suficiente”<sup>340</sup>, así como que “la racionalidad de la decisión puede identificarse con la legitimidad de la acción tomada, dado que la exigencia de la racionalidad supone la elección de una solución jurídicamente válida; y por su parte la razonabilidad de la decisión se habrá de conectar con la elección valorativa realizada entre las posibles soluciones legítimas o racionales”<sup>341</sup>.

Como menciona Colomer,<sup>342</sup> “la motivación de la resolución judicial debe justificar no solo la racionalidad de la decisión, sino también la razonabilidad de la misma”. Por lo que, hay que resaltar que la razonabilidad de la motivación atenderá de diferente manera dependiendo del tipo de decisión que justifique, es decir será diferente si el juzgador aplica la única decisión posible de acuerdo a ley al caso, o si el juez tiene que utilizar su capacidad discrecional para decidir por una u otra decisión posible.

**(a) Motivación de las decisiones no discrecionales:** Como se mencionó en estos casos la razonabilidad de la decisión estaría presupuesto por la racionalidad de la motivación, es decir por la adecuación de la motivación y la decisión a la norma, en los casos que no requiere actividad discrecional del juzgador.

Sin embargo hay que reconocer que a pesar de que en la mayoría de los casos la ley establece las consecuencias de una determinada acción, no hay que perder de vista que el juzgador siempre tendrá un margen de actuación, pues la interpretación y aplicación de la ley no se da de forma mecánica, y el juez deberá establecer el sentido de la ley general mediante interpretación, por lo que en todo caso es facultad de las partes el poder ejercer su derecho a apelación argumentando la irrazonabilidad de la decisión, y de dicho modo “con total seguridad la irrazonabilidad de la misma es una prueba de que la motivación realizada no es adecuada al justificar como racional una decisión que no lo es

---

<sup>340</sup> Lino San Juan, “Racional/razonable”, Compendio de lógica, argumentación y retórica, op. cit., p. 504.

<sup>341</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 158.

<sup>342</sup> Ibídem, p. 317.

por algún vicio cometido en la aplicación de la normativa o porque la propia norma sea irrazonable”<sup>343</sup>.

- (b) **Motivación de las decisiones discrecionales:** La facultad discrecional del juzgador principalmente está presente cuando tiene dos o más posibles soluciones legítimas a un mismo caso, por lo que la motivación debe ser reforzada, pues no solo debe justificar su decisión en sí, sino además que es la más razonable en relación a las otras opciones de solución.

La oportunidad en la que se hace presente y necesaria este tipo de motivación es en los llamados casos difíciles. Para Atienza<sup>344</sup> un caso difícil se presentaría si, aplicando criterios de racionalidad estricta, sucede que: “a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí)”.

Colomer<sup>345</sup> menciona los requisitos que toda motivación debe tener presente en estos casos: 1) indicación del criterio de razonabilidad adoptado: la cual servirá de control para conocer cuál es el criterio que utilizó el juzgador para establecer que una determinada opción es la más razonable. De no hacerlo así, no se podría tener un control por parte de las partes, el juez superior y el ciudadano en general. 2) que el criterio adoptado haya sido aplicado a todas las soluciones posibles: en este caso es necesario además de conocer el criterio de razonabilidad adoptado, que ese criterio haya sido aplicado a todas las opciones posibles, dando como resultado que la opción elegida de acuerdo al criterio es razonabilidad es la más adecuada. 3) que el criterio tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso: como se pudo apreciar, lo principal en las decisiones discrecionales es el establecimiento del criterio de razonabilidad, el cual se presenta en una gran variedad al juzgador, por lo que es necesario que para que el criterio sea considerado razonable, tenga en cuenta los valores sociales imperantes en el momento de la decisión que determinaran su aceptabilidad por la sociedad, así como su eficacia al resolver dicho caso.

---

<sup>343</sup>Ibídem, p. 319.

<sup>344</sup> Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de “razonable””, en Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, p. 194.

<sup>345</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., pp. 319 – 320.

Es conocido el ejemplo expuesto por Atienza<sup>346</sup> de la huelga de hambre del GRAPO para ejemplificar el razonamiento discrecional, en la que se debía decidir si se le daba preferencia al criterio de razonabilidad dado por el principio de salud pública o si por otro lado se le daba preferencia al de libertad de expresión. En dicho caso se dio preferencia al primero, pues se estimó que esta era la mejor opción posible, atendiendo a los valores imperantes de la sociedad española y por un análisis económico del derecho, la más eficiente para resolver el problema.

Con respecto al requisito 3), la dificultad de cumplirlo con respecto a las dos anteriores se acrecienta, pues por un lado la razonabilidad no solo es un término cambiante con relación al tiempo y lugar en que se aplica, sino que además muchas veces la ciudadanía se encuentra dividida entre una u otra solución discrecional, incluso se presenta el caso que “el criterio más seguido en la práctica, es muchas veces mayoritaria o incluso unánimemente rechazado por la doctrina”<sup>347</sup>. Y ello no solo se presenta en relación a las personas en general, sino que además ello se presenta entre los especialistas del derecho y “aunque no fuera así, nunca podríamos estar completamente seguros de que la opinión mayoritaria, o incluso unánime, de quienes integran la comunidad jurídica se haya formado de manera plenamente racional”<sup>348</sup>.

De modo que no es infrecuente encontrarnos en la situación de que el juzgador tenga ante sí una opción de solución “mayoritaria” pero “irrazonable”; en dicho caso el juez deberá prestar muy especial atención a la motivación de su decisión, tratando de que su justificación sea lo más clara y completa posible si aplicará la solución “minoritaria” y “razonable”.

### (c) Casos de incumplimiento de la motivación suficiente:

(i) **La motivación insuficiente “per se”:** La motivación insuficiente hace referencia a la calidad de la justificación que sirve de apoyo a la decisión

---

<sup>346</sup> Atienza, Manuel, “La razones del derecho. Teorías...”, pp. 03 – 04.

<sup>347</sup> Atienza, Manuel, “Para una razonable...”, p. 197.

<sup>348</sup> Atienza, Manuel, “Las razones del derecho. Sobre la justificación...”, p. 68.

adoptada por el juzgador, ya que es necesario que las razones empleadas por el juez sean las apropiadas para avalar la decisión tomada.

Taruffo citado por Igartua<sup>349</sup>, señala que la motivación insuficiente se puede presentar en los siguientes casos: 1) cuando no expresa las premisas de sus argumentaciones; 2) cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes; 3) cuando no indica los criterios de inferencia que ha manejado; 4) cuando no explicita los criterios de valoración adoptados; 5) cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica porque esta es preferible a aquella, etc.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional al respecto señala que: “se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.<sup>350</sup>

- (ii) **La motivación implícita:** Este tipo de motivación se configura cuando el juez considera que los motivos de la decisión se infieren de alguna de las decisiones previas que tuvo en consideración para tomar la decisión final. Inclusive como señala Igartua<sup>351</sup>, a menudo ocurre que el juez considera que los motivos de rechazo de los argumentos de la parte vencida, están configurados por los argumentos sostenidos por la parte vencedora, haciendo propias las argumentaciones de la parte vencedora para justificar su decisión. Como mencione anteriormente, considero que es necesario que el juez motive

---

<sup>349</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 32 – 33.

<sup>350</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de Octubre del 2008, Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC

<sup>351</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pp. 30.

sus resoluciones por sí mismo, y en caso de que considere incorporar los argumentos de una de las partes, justifique el porqué de dicha situación.

Sin embargo debemos resaltar que no se debe confundir la insuficiencia con la omisión de la motivación, pues la omisión de pronunciamiento se configura cuando el juez omite pronunciarse sobre el petitorio del proceso, así como a las alegaciones o pedidos de las partes o excepciones presentadas por el demandado, al no haber decisión al respecto de ellas, consecuentemente tampoco existe su motivación. En cambio en la motivación implícita, la justificación correspondiente a algún punto de la decisión, se debe inferir de los otros argumentos que se defiende en la motivación, por lo que no sería necesario recurrir a una justificación que no estuviera contenida en el mismo documento de la sentencia.

Nuestro Tribunal Constitucional<sup>352</sup> reconoce la práctica de la motivación implícita al mencionar que “no son ajenas a su contenido constitucionalmente protegido las llamadas motivaciones implícitas, es decir aquellas que están referidas a razones que han sido desechadas a consecuencia de haberse asumido otras”. De lo citado es necesario diferenciar entre una decisión estimatoria y una desestimatoria, pues la motivación implícita no puede ser utilizada en todos los casos, solamente con respecto a esta última.

Sin embargo y pese a su frecuente práctica judicial, coincido con Montero Aroca<sup>353</sup>, el cual señala que solamente se debería reducir su práctica a los casos que presenten acumulativamente pretensiones alternativas, accesorias o incompatibles, ello facilitaría la función extraprocesal de control de la motivación y cumpliría con el principio de exhaustividad que toda motivación debería considerar.

Por lo que considero que su práctica no facilita la actuación de las partes a efectos de tener un pleno conocimiento de todos los motivos que tiene la

---

<sup>352</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 01 de Julio del 2007, expediente Nro. 10508-2006-PA/TC

<sup>353</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 389.

decisión del juzgador, y lesiona su derecho a tener un pronunciamiento de todas las cuestiones que las partes ponen a consideración del juez.

Así también se pronuncia Igartua Salaverría al señalar que “si varias cuestiones planteadas penden de una más básica y el juez resuelve negativamente esa matriz común, ya no le hará falta confutar individualmente las otras cuestiones” además de ello, “si un supuesto de hecho normativo, invocado por uno de los contendientes, requiere la existencia conjunta de tres elementos, al juez le basta combatir las argumentaciones relativas a solo uno de ellos”<sup>354</sup>.

(iii) **La motivación “*per relationem*”:** La motivación “*per relationem*” se manifiesta cuando para conocer la motivación de una sentencia, nos tenemos que remitir a la justificación contenida en otra sentencia, por lo que no habría una motivación “*ad hoc*” de la primera, dicho esto es necesario establecer si dicha motivación remitida debe justificar parcialmente o totalmente la decisión del juez que la utiliza.

Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 12°, en referencia a la motivación que debe contener una resolución de segunda instancia que “la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”, por lo que podemos inferir que solamente se refiere al caso de utilizar la motivación “*per relationem*” en la totalidad de sus argumentos, quedando a salvo la posibilidad de utilizarla para justificar en parte la motivación de la decisión del juzgador que hace uso de ella.

Lo mencionado es avalado por el Tribunal Constitucional<sup>355</sup>, pues permite la utilización de la motivación “*per relationem*” al mencionar que la motivación “exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”, lo cual es nocivo para las partes, pues atenta contra su derecho de defensa.

---

<sup>354</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 43.

<sup>355</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de Mayo del 2009, expediente Nro. 00176-2009-PHC/TC

Por otro lado, en doctrina<sup>356</sup>, se reconocen dos tipos de motivación “*per relationem*”: la motivación “*per relationem*” interna y la motivación “*per relationem*” externa.

- 1. La motivación “*per relationem*” interna:** Ella estará configurada cuando la motivación remitida pertenece a una hecho dentro del mismo proceso, por ejemplo ello se presenta en la motivación realizada por el juzgador “*ad quem*” de la decisión tomada por el juzgador “*a quo*” en un determinado proceso.

Con respecto al ejemplo señalado, Igartua<sup>357</sup> afirma que “una sentencia recurrida no puede convertirse en la solución del recurso porque, al ser ella misma objeto del recurso, es el problema a resolver”. Ello se condice con lo mencionado en lo señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de hecho no sería recomendable su práctica pues no se cumpliría con el principio de exhaustividad que debería regir en las decisiones judiciales y por consiguiente en sus motivaciones.

- 2. La motivación “*per relationem*” externa:** Esta se produce cuando la motivación de la decisión se remite a otra resolución fuera del proceso, ya sea esta de tipo jurisdiccional o administrativo.

Este tipo de motivación, sería incluso, más dañina que la anterior, pues al hacer uso de elementos ajenos al propio proceso se dificultaría el ejercicio de examinar la justificación de la motivación por las partes a fin de poder impugnarla, pues no pocas veces sería, muy dificultoso e inaccesible para las partes poder obtener el documento donde se encuentra la motivación, ocasionándolo un perjuicio a su derecho de defensa.

Finalmente cabe resaltar que, ya sea que el juzgador para motivar su decisión utilice una justificación contenida en otra resolución dentro del mismo proceso o haga referencia a una resolución de otra sede judicial o administrativa, ello quebrantaría el carácter cerrado de la sentencia, pues esta

---

<sup>356</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., pp. 397 – 400.

<sup>357</sup> Igartua Salaverría, Juan, op. cit., p. 31.

debe, por si misma, contener todos los elementos necesarios para su examen, por lo que en todo caso, se hace recomendable que el juzgador siempre incluya una motivación “*ad hoc*” de su decisión en un determinado proceso.

- (iv) **La omisión de motivación reforzada:** Ella tiene la particularidad que el juzgador debe pronunciar no solo la justificación de la decisión con respecto a la materia del proceso, sino que, por la especial naturaleza del caso, deberá incluir una motivación respecto de otros aspectos esenciales. Debido a que estos aspectos tiene una fundamental importancia, no podría utilizarse para justificar una decisión sobre ellas una motivación implícita o “*per relationem*”.

Dentro de los casos en los que es necesaria una motivación reforzada podemos mencionar que ella es imprescindible cuando se afecte otros derechos fundamentales con la decisión y cuando el juzgador se aparta del precedente judicial.

- 1. Afectación de otros derechos fundamentales:** El reconocimiento de los derechos fundamentales que son inherentes a toda persona es un logro de la razón, y garantía de ello es su reconocimiento a nivel constitucional, por lo que si se hace necesaria su vulneración, debe mediar una causa justificatoria suficiente.

Por ello, el juzgador al encontrarse con que su decisión vulneraría otro derecho fundamental reconocido por nuestro sistema jurídico, la motivación de su decisión no solamente debe referirse a justificar el caso concreto, sino que se hace imprescindible un pronunciamiento con respecto a porque es necesaria su vulneración.

Así lo señala nuestro Tribunal Constitucional<sup>358</sup> al expresar que “resulta indispensable una especial justificación (...) como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como doble mandato, referido

---

<sup>358</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de Mayo del 2010, expediente Nro. 00896-2009-PHC/TC

tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal”.

Este tipo de suceso se presenta principalmente cuando el juzgador tiene ante él un caso difícil, en el cual no solamente debe atender a justificar interna y externamente su decisión, sino que debe hacer uso de la ponderación para determinar a qué principio jurídico debe dar preferencia.

**2. Apartamiento del precedente judicial:** En primer lugar cabe señalar que, cuando un juzgador elige seguir el precedente judicial establecido para la solución de un determinada materia, no es necesario que se justifique por qué se ha optado por ella, ya que no solo es una práctica común y reconocida, sino que toda sentencia tiene el carácter de ser universal es decir, que su decisión pueda ser aplicada a todo caso con similares características.

Caso contrario se da cuando, el juzgador decide alejarse del precedente judicial, pues considera una nueva opción para resolver la materia del conflicto que tiene ante él, por lo que, no solamente se debería limitar a dar un pronunciamiento sobre el caso concreto, sino también justificar por qué considera a la nueva solución más idónea para resolver la materia del conflicto, por lo que la motivación se “amplía” a este otro tópico.

Así también, no hay que confundir el caso de una nueva solución a una determinada materia por el cambio con respecto a ella en la legislación vigente<sup>359</sup>, pues en este caso, la innovación de la solución no estaría dada por el juzgador sino que tendría un origen legislativo.

#### **4) EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS DECISIONES**

Finalmente, es necesario hacer referencia a las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la obligación de motivar la sentencia, pues no es suficiente el solo

---

<sup>359</sup> Colomer Hernández, Ignacio, op. cit., p. 424.

hecho que se incluya en nuestro Código Procesal Civil los diversos requisitos que debe tener en consideración el juez al emitir sus sentencias, sino que es necesario incluir los efectos que conlleva su inobservancia.

Adrián Rentería<sup>360</sup>, al referirse al control institucional de la decisión judicial, menciona que ésta corresponde por un lado “a las modalidades de control ejercidas por la estructura piramidal de la jurisdicción” y por otro “las posibles medidas o modalidades de responsabilidad mediante las cuales los jueces responden de sus acciones en los ordenamientos concretos”.

Efectivamente, el primer control al que se somete una sentencia y consecuentemente su motivación, es la revisión de ella en apelación por el juez superior, lo cual es mencionado por el artículo 364° del Código Procesal Civil, el cual señala que “el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”.

Es decir que aquella parte del proceso o tercero legitimado que se sienta agraviada por considerar que la sentencia adolece de motivación o motivación insuficiente, puede recurrir mediante apelación al superior jerárquico a fin de solicitar la revisión de ella.

Ledesma Narváez<sup>361</sup> señala que originalmente el recurso de apelación se reservaba en casos en los que se presentara errores “*in iudicando*”, ya que los errores “*in procedendo*” eran revisados mediante recurso de nulidad, sin embargo con el tiempo la apelación también se utiliza para revisar los errores “*in procedendo*”, tal y como se desprende de la redacción del artículo del Código Procesal Civil citado así como del artículo 382° del mismo cuerpo legal que señala que “el recurso de apelación contiene intrínsecamente al de nulidad, solo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada”.

Así, la consecuencia de no incluir una motivación suficiente en la sentencia será la nulidad de ésta, pues debido a que el artículo 122° del Código Procesal Civil señala en su inciso 3 que las resoluciones deben contener los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas

---

<sup>360</sup> Rentería, Adrián, op. cit., p. 69.

<sup>361</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit., Tomo II, p. 147.

aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, y ya que como señala Hinostroza Mínguez “...Tratándose del recurso de apelación, éste contiene intrínsecamente el pedido de nulidad cuando los vicios o defectos que denuncia el apelante giren en torno a los requisitos formales de la resolución recurrida”.<sup>362</sup>

Por otro lado, debemos tener en cuenta lo señalado por Taruffo<sup>363</sup>; él menciona que, “1) no cualquier vicio de la motivación provoca su ausencia integral (y por lo tanto provoca la inexistencia de la sentencia) 2) por el contrario, no solamente la ausencia formal y total de la motivación equivale a la inexistencia de la sentencia”. De acuerdo a lo citado, el juzgador debe tener en cuenta no solo la complitud al momento de justificar la motivación de la sentencia, sino también debe tener en cuenta la suficiencia de la motivación es decir considerar los requisitos de racionalidad, coherencia y razonabilidad que le servirán para emitir una motivación que sea respetuoso del debido proceso legal y además garantice la protección efectiva de los derechos de las partes por el poder judicial.

Menciona además que es necesario que el juez respete un “contenido mínimo esencial”<sup>364</sup> en la motivación, que en esencia serían: 1) la expresión de las elecciones del juzgador con respecto a la ley aplicable, los hechos, sus calificaciones jurídicas y la consecuencias de ello, 2) verificación de la coherencia lógica entre los enunciados que sirven de base a la decisión de la sentencia y 3) la mención de los criterios en base a los cuales el juez justifica sus decisiones tomadas.

Tomando en cuenta lo expresado considero que dicho contenido mínimo es correcto, pues con respecto al punto 1) toda decisión contenida en una sentencia debe basarse en sub decisiones de hecho y de derecho, tal y como es reconocido por nuestro ordenamiento procesal civil.

Así también el punto 2) se justifica pues en necesario que dichos enunciados de hecho y de derecho guarden una armonía narrativa y lógica, es decir que la inferencia del “*story*” basado en los supuestos jurídicos y facticos dé como resultado necesario la decisión final del juzgador.

---

<sup>362</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., Tomo I, p. 713.

<sup>363</sup> Taruffo, Michele, “La motivación...” p. 391.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 392.

Además de ello las elecciones señaladas en el punto 1) no podrían llevarse a cabo sin que previamente se haya realizado lo señalado en el punto 3) lo cual debe ser mencionado en la motivación, es decir se debe explicitar todos aquellos criterios interpretativos (con respecto a la premisa de derecho) y juicios valorativos (con respecto a la premisa de hecho) que se han realizado utilizando las máximas de experiencia científicas o propiamente dichas que el sirven de base.

Adicionalmente, el jurista italiano señala que “desde la perspectiva, en la que confluye la concepción endoprosesal de la motivación y su devaluación sustantiva con la componente voluntarista y autoritaria del “*dictum*” jurisdiccional, resulta correcto ubicar al vicio de motivación entre las causas de nulidad de las sentencia”<sup>365</sup>.

Debemos también tener en cuenta la función endoprosesal de la motivación, es decir la posibilidad de pedir la impugnación de la sentencia al juez superior jerárquico, mediante el recurso de apelación. Este recurso se encuentra reconocido en nuestro Código Procesal Civil, en su artículo 364° señalando que “el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sean anulada o revocada, total o parcialmente”. Adicionalmente cabe destacar que dicha apelación tiene efecto suspensivo tal como lo señala el artículo 371° del Código mencionado.

Por otro lado el artículo 382° del mismo cuerpo legal establece que la impugnación de la sentencia deriva en la nulidad de la misma, tal como lo señala Hinostroza Mínguez<sup>366</sup> al mencionar que “tratándose del recurso de apelación, este contiene intrínsecamente el pedido de nulidad cuando los vicios o defectos que denuncia el apelante giren en torno a los requisitos formales de la resolución recurrida”, y ya que es un requisito esencial de la sentencia el que contenga una motivación tal como es reconocido por el artículo 121°, de declararse fundada la apelación, la sentencia del juez “*a quo*” sería declarada nula. Así también se pronuncia el profesor Luis Alfaro<sup>367</sup> quien considera que el único caso en que se encuentra suficiente justificación para

---

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 388.

<sup>366</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, *op. cit.*, p. 713.

<sup>367</sup> Alfaro Valverde, Luis, “*Apuntes sobre la nulidad de sentencia y la iniciativa probatoria de oficio en segunda instancia*”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, Nro. 131, Año 15, Lima, 2009, pp. 189 – 190.

declarar la nulidad de una sentencia, es cuando se afecta el derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales.

En opinión de Gunnar Bergholtz<sup>368</sup>, la implementación positiva en la legislación de los requisitos de una adecuada obligación de motivar, no implicaría de por sí una posición más fuerte en relación a aquellos países en donde no está regulado explícitamente, ya que las consecuencias de violar la obligación de motivar las decisiones estaría resuelto por la implementación de instancias superiores que revisen una determinada sentencias.

En parte considero que tiene razón al señalar que es labor de los jueces “*ad quem*” revisar las sentencias emitidas por el juez “*a quo*” toda vez que la sentencia de este último sea impugnada por alguna de las partes. Sin embargo ello debilitaría la posibilidad de que en primera instancia el juez otorgue una adecuada motivación y decisión, ya que al no estar especificados los requisitos que son necesarios para pronunciarla, el juez de primera instancia no tendría una herramienta fundamental para conocer específicamente que debe incluir en su sentencia para que sea emitida adecuadamente.

Por lo cual, el juzgador debe tener siempre en cuenta para evitar que sea declarada nula su sentencia, los requisitos que la ley establece para otorgar una adecuada motivación de su decisión, atendiendo a las dimensiones interna y externa de la justificación.

Cabe mencionar que, la falta de motivación de la sentencia puede tener otro tipo de consecuencias, pero esta vez afectando directamente a la figura del juez, ya que nuestro Código Procesal Civil recoge la figura de la Responsabilidad Civil de los Jueces en su artículo 509°.

Con relación a éste tópico existen opiniones encontradas por un lado hay quienes sostiene como Wroblesky<sup>369</sup> que “...Si el juez ésta sometido al derecho, entonces es responsable por una toma de decisión que no sea consistente con ese derecho. La inmunidad del juez nunca significa inmunidad para quebrantar el derecho.”.

---

<sup>368</sup> Bergholtz, Gunnar, op. cit., p. 78.

<sup>369</sup> Wroblesky, Jerzy, op. cit., p. 332.

Esta posición como se apreció es recogida por nuestra legislación, sin embargo en otros países como Inglaterra o los Estados Unidos de Norteamérica<sup>370</sup> se reconoce la total inmunidad de los jueces en toda actividad realizada con motivo de su cargo, y en caso que se pretenda interponer un recurso por dolo o culpa en la actuación del juez no se dirige contra éste, todo ello basándose en que solo así se puede hablar de una real independencia del juzgador y que en todo caso no se trata de blindar al juez de inmunidad, sino de asegurar el derecho de los ciudadanos de poder recurrir a jueces que no tengan ningún tipo de impedimento de ejercer sus funciones con total libertad.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad civil de los jueces es diferente y presenta particularidades, pues como señala Pino Carpio<sup>371</sup> “...No es (...) la común y corriente de pago de daños y perjuicios, (...) sino el juicio seguido al juez para establecer su responsabilidad civil, por haber actuado con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusable dentro de un proceso y causando perjuicio económico a uno de los litigantes”.

Debido a ello el Código Procesal Civil señala en su artículo 509° que habrá responsabilidad civil del juez si éste en el ejercicio de sus funciones causa daño a las partes o terceros debido a un actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de sanción administrativa o penal; por otro lado el artículo 510° señala a su vez los presupuestos de dolo y culpa inexcusable, señalando en la última parte del inciso 2 que será causal de responsabilidad civil del juez resolver “en base a fundamentos insostenibles”, es decir basándose en la mera arbitrariedad del juzgador.

Como se señaló anteriormente el hecho de que se reconozca al juez discrecionalidad en su actuación debido a que se ha superado la percepción de su actuación como meramente mecanicista sumado al hecho del reconocimiento de la falibilidad en el articulado de la legislación no significa que sea libre de resolver sin observar el ordenamiento jurídico.

La línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad es a veces muy delgada, sin embargo, uno de los requisitos fundamentales de toda motivación de la sentencia es que ésta sea racional, es decir que respete los requisitos establecidos por la ley, ello

---

<sup>370</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit., Tomo II, p. 711.

<sup>371</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit., Tomo II, p. 1017.

dará como resultado una sentencia basada en una justicia institucional y en cambio no en una justicia meramente personal, que es lo que sucede si es que se resuelve sin arreglo a ley.

No cabe duda de que no toda falencia en la motivación de la sentencia de lugar a solicitar responsabilidad civil del juzgador, ya que ésta debe ser de tal magnitud que cause daño a las partes o a terceros, sin embargo creo que es acertada la inclusión de la última parte del inciso 2 señalado pues refuerza la obligación de motivar la sentencia con una justificación racional conforme a ley.

## **5) LA NULIDAD DE SENTENCIAS JUDICIALES EN SEDE CONSTITUCIONAL**

### **a) Sobre la calidad de Cosa Juzgada de las sentencias judiciales:**

Previamente es necesario hacer algunas precisiones con respecto a la figura de la cosa juzgada, pues como ya es estableció, la consecuencia de una insuficiente motivación en una sentencia es la nulidad de la misma, ya sea porque dicha sentencia fue apelada y el juez “*ad quem*” en segunda instancia lo declaró así, o que al interponerse recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema casó dicha resolución declarando nula la sentencia confirmada en segunda instancia, o finalmente si es declarada nula mediante el uso de la figura de la cosa juzgada fraudulenta alegando fraude o colusión por parte del juez que emitió dicha sentencia. Si interpuestos los recursos antes mencionado, la sentencia que se pretendió revocar no fuera objeto de ello, dicha sentencia pasaría a tener la calidad de cosa juzgada.

Al respecto el artículo 123° del Código Procesal Civil señala que “una resolución adquiere la autonomía de cosa juzgada cuando 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos”; lo cual a su vez es reconocido por nuestra Constitución en el artículo 139° incisos 2. “(...) Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución (...)”; y 13 “(...) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.”

En efecto la cosa juzgada evita la continuación indefinida en el tiempo de una controversia jurídica, dotando a la decisión judicial de ciertas propiedades que no tuvo hasta el momento en que se le declaró como tal; así, se puede decir que una sentencia con carácter de cosa juzgada es inmutable debido a que “obliga a los magistrados a no resolver sobre el fondo de la cuestión decidida, dando por concluido el nuevo proceso”<sup>372</sup>, es inimpugnable pues ya precluyó el momento en cual la parte afectada pudo hacer uso de los recursos con el fin de debatir la decisión tomada por el juzgador; y es definitivo.

Al respecto de ésta última característica, Ledesma Narváez<sup>373</sup> señala que se puede diferenciar entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material señalando que la primera se da cuando “una sentencia no puede ser objeto ya de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un proceso posterior” y la segunda cuando “a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se agrega la inmutabilidad de la sentencia aun en otro proceso posterior”, por lo que como bien señala Morales Godo<sup>374</sup> “la primera es presupuesto necesario de la segunda, no podrá existir cosa juzgada material, si es que no se ha producido en primer lugar la cosa juzgada formal, mas viceversa no ocurre lo mismo”; convirtiendo no solo a la sentencia, sino a la relación sustantiva que le sirvió de base en incontrovertible.

A pesar de ello el mismo Código Procesal Civil considera una manera adicional de cuestionar la sentencia mediante la figura de la cosa juzgada fraudulenta, la cual es recogida en el artículo 178° del Código Procesal Civil, la cual puede deducirse hasta dentro de los 6 meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, y como es señalado por Berizonce<sup>375</sup> “No se trata de un simple medio extraordinario de impugnación, sino que tiene el carácter de una verdadera acción autónoma que pone en jaque al proceso todo”. En efecto esta no es deducida dentro del primer proceso como un medio impugnatorio más, sino que se deduce en un nuevo proceso en el que la parte afectada tiene el objetivo es probar que el juez, mediante fraude o colusión con la otra parte otorgó su sentencia, refiriendo que ello puede apreciarse en la motivación de su sentencia.

---

<sup>372</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit, Tomo I, p. 273.

<sup>373</sup> Ledesma Narváez, Marianella, op. cit, Tomo I, pp. 472 – 473.

<sup>374</sup> Morales Godo, Juan, “*Jurisdicción, Proceso y Cosa Juzgada*”, en *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, Volumen 11, Nº 1, Lima, p. 41

<sup>375</sup> Hinostroza Mínguez, Alberto, op. cit, p. 369.

Por lo que en un primer término una sentencia (y por lo tanto su motivación) que adquirió la calidad de cosa juzgada, no sería objeto de otro medio por el que pueda ser rebatida, ello con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a las decisiones emitidas en sede judicial y evitar la perpetuidad de los procesos judiciales, haciendo uso además del principio de preclusión procesal.

Sin embargo cabe preguntarse si dicha sentencia es pasible de ser objeto de controversia, la respuesta es positiva, sin embargo ello no se dará ya en sede de jurisdicción ordinaria, sino mediante la interposición de una demanda en sede constitucional mediante el uso de las acciones de garantías constitucionales, en específico en este caso, haciendo uso de la acción de amparo, siendo el Tribunal Constitucional el máximo órgano de decisión con respecto a ellas debido a que es el encargado de velar por la defensa del principio de supremacía constitucional.

Así, nuestra Constitución Política en su artículo 201° señala su primer párrafo que “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)”, al respecto Bernales Ballesteros precisa que “El tribunal Constitucional es uno de los órganos de la Constitución que tiene reconocida la atribución jurisdiccional, con competencia nacional, para efectos de control de la constitucionalidad del sistema jurídico, y de la vida y la política”<sup>376</sup>; se suma además que en su artículo 202°, inciso 2. establece que “conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatoria de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento”; por lo que es necesario tener en cuenta que “...solo llegan al Tribunal Constitucional los procesos en los que la sentencia haya sido denegatoria de la petición formulada, es decir las sentencias en las cuales el que ha perdido es el recurrente”<sup>377</sup>.

Lo inmediatamente anterior señalado ha servido de pie para suscitar discrepancias competenciales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, las cuales como expresa el jurista constitucionalista García Belaunde<sup>378</sup> son de larga data y nos vendría heredada de aquellos modelos jurisdiccionales que sirvieron de referencia al nuestro como son el modelos jurisdiccional italiano y español, además

<sup>376</sup> Bernales Ballesteros, Enrique, op. cit, p 840.

<sup>377</sup> Rubio Correa, Marcial, “Estudio de la...”, Tomo VI, p. 141

<sup>378</sup> Malpartida Castillo, Víctor, “Tribunal Constitucional vs Poder Judicial, a propósito de un proceso competencial”, en Revista Oficial del Poder Judicial, Año 4 – 5, Nº 6 y Nº 7, Lima, 2010 – 2011, pp. 130 – 131.

que, sumado a los artículos antes mencionados que recogen el papel que desempeña el Tribunal Constitucional, la misma Constitución Política reconoce al Poder Judicial como principios de su función, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 139° inciso 2), por lo que podría pensarse que, al ser sus sentencias objeto de debate, ello constituiría una intromisión en sus funciones por parte del Tribunal Constitucional; y la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3), por lo que en caso de que en un proceso se haya violado el principio a un debido proceso por una inadecuada motivación, sería el mismo Poder Judicial quien mediante sus mecanismos internos (apelación, casación, proceso de cosa juzgada fraudulenta) velaría por su cumplimiento, siendo los jueces (civiles en este caso) los que tendrían la última palabra para establecer su cumplimiento o no.

Por lo que cabe preguntarnos si el Tribunal Constitucional está legitimado para conocer en última instancia una resolución con calidad de cosa juzgada emanada del Poder Judicial en la que la parte solicitante señala que se ha afectado el debido proceso por una inadecuada motivación de la misma, pues el ya mencionado artículo 139° inciso 2 señala además en su segundo párrafo que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) Tampoco puede dejarse sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, (...) ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”. Ello nos hace reflexionar en el hecho de que la cosa juzgada judicial no estaría revestida de esa característica que es su corazón mismo, es decir su inatacabilidad, y que por ende el Tribunal Constitucional esté por encima del Poder Judicial, lo cual es puesto en relieve por Santisteban de Noriega<sup>379</sup> al preguntarse y reflexionar sobre si dicho hecho resulta denigrante para el Poder Judicial o si ello limitaría su independencia y autonomía institucional.

Considero que el hecho de que al Tribunal Constitucional se le haya otorgado la función de máximo intérprete de la Constitución Política supondría que tiene la capacidad de revisar e incluso revocar los actos emanados del Poder Judicial que considere hayan violado el orden constitucional establecido, teniendo en cuenta además que nuestro sistema jurídico actual no es de corte legalista, sino sobre todo constitucionalista.

---

<sup>379</sup> *Ibíd.*, p. 144.

Sobre este punto cabe destacar lo señalado por Rubio Correa, el cual sostiene que “no quiere decir que nadie más pueda interpretar la Constitución, o que solo él pueda definir lo que es constitucional y lo que no. Por el contrario, en la medida que la Constitución es la norma suprema del Estado, cada persona y cada funcionario, tiene que tomar en cuenta sus mandatos para definir si están o no actuando debidamente”<sup>380</sup>. Concordante a ello se encuentra el artículo IV del Código Procesal Constitucional el cual señala que “Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

Si bien el Poder Judicial debe tener en consideración en todas sus actuaciones el respeto a la Constitución Política, por lo que sus pronunciamientos se suponen deben ser respetuosos de ella, el Tribunal Constitucional siendo el máximo intérprete de la Constitución es quien en última instancia vela por su cumplimiento, lo que no supone que el Poder Judicial no esté obligado a hacerlo y por tanto no la interprete, solo supone que la interpretación que haga el Poder Jurisdiccional de la Constitución estará subordinada por la que haga el Tribunal Constitucional, el cual tiene la cualidad de ser suprema.

Por lo que se debe tener en cuenta para interpretar la Constitución los pronunciamientos que constituyen precedente vinculante emanado por el Tribunal Constitucional, el cual es “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa y que por tanto el precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares al de una ley. Es decir la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se deviene en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”<sup>381</sup>.

La posibilidad de poder enjuiciar una sentencia judicial mediante un procedimiento constitucional, y que en último término sea de conocimiento del Tribunal

---

<sup>380</sup> Rubio Correa, Marcial, “Estudio de la...”, Tomo VI, pp. 128 – 129.

<sup>381</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0024-2013-AI/TC, del 10 de Octubre del 2005.

Constitucional tiene su justificación en primer lugar de manera formal haciendo alusión a los artículos de la Constitución Política<sup>382</sup> y del Código Procesal Constitucional<sup>383</sup> que lo autorizan, los cuales son de obligatoria observancia el primero por ser la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y la segunda por ser aquel cuerpo normativo que regula específicamente la protección de los derechos constitucionales.

A su vez, tendría una justificación de orden práctico pues puede darse el hecho de que, ante una sentencia con calidad de cosa juzgada emitida por el Poder Judicial, la parte vencida decida entablar un proceso constitucional, en específico una Acción de Amparo, (refiriendo que dicha sentencia es violatoria del principio al debido proceso legal por una inadecuada motivación), la cual en primera instancia es interpuesta ante el mismo Poder Judicial, en donde puede ocurrir que el juez “jurisdiccional” establezca su denegación por considerar a la misma cosa juzgada y por lo tanto incontrovertible, por lo que sería necesario la participación de un órgano independiente al Poder Judicial que verifique su constitucionalidad, siendo el llamado para dicha tarea el Tribunal Constitucional.

Con lo dicho, no quiere decirse que el Poder Judicial en todos los casos cierre filas ante algún intento de controvertir las decisiones tomadas por él mismo, lo cual se

---

<sup>382</sup> **Artículo 201º:** “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...); **Artículo 202º inciso 2:** “conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de (...), amparo, (...)”.

<sup>383</sup> **Artículo II:** “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”; **Artículo IV:** “Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional”; **Artículo VII** “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”; **Artículo 4º:** “El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.”; **Artículo 18º:** “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, (...)”; **Artículo 19º:** “Contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional (...)”; **Artículo 20º** “(...) tratándose de las resoluciones denegatorias (...) cuando se trata de los procesos de amparo, (...) el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto. (...) Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo; **Artículo 22º:** “(...) Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad”; **Artículo 37º:** “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 16. De tutela procesal efectiva”.

puede constatar en el hecho de que muchas de las acciones de amparo propuestas ante el órgano jurisdiccional no llegan a ser de conocimiento del Tribunal Constitucional, lo que pone en relieve el hecho de que nuestro sistema de control constitucional es mixto, es decir el Tribunal Constitucional no es el único órgano que vela por la Constitución, sino también el mismo Poder Judicial, por lo que no habría una relación de jerarquía del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial sino una sistemática, de funciones definidas, en la que aquel, en última y solo en ella es el máximo intérprete de la Constitución, tal y como es señalado por Quiroga León<sup>384</sup> pues en los casos en que el mismo Poder Judicial estime fundada una acción de amparo, ni el Tribunal Constitucional ni ningún otro órgano podrá avocarse a su revisión; el mismo autor, citado por Rubio Correa señala además que “una acción de amparo constitucional, con calidad de cosa juzgada constitucional favorable al demandante, no puede ser controlada por ninguna acción judicial ulterior de ninguna índole, naturaleza o denominación indistintamente de quien sea (Estado o particular) el que pretenda ser accionante válido de esa ulterior acción judicial”<sup>385</sup>

Sin embargo es innegable que se tenga la sensación de que el Tribunal Constitucional (por lo menos en cuanto a las acciones de garantías constitucionales) tenga preeminencia sobre los órganos del Poder Judicial, incluida la Corte Suprema, lo cual se confirma con sus propios pronunciamientos, por ejemplo al señalar que “En las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en materia de procesos constitucionales existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquel, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de (...), amparo, (...)”; además de que “si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órganos constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”<sup>386</sup>

---

<sup>384</sup> Malpartida Castillo Víctor, op. cit., pp. 144 – 145.

<sup>385</sup> Rubio Correa, Marcial, “Estudio de la...”, Tomo VI, p. 93.

<sup>386</sup> Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente N° 006-2006-PC/TC, de fecha 12 de Febrero del 2007.

Por lo que es necesario diferenciar como señala Malpartida Castillo las frases “supremo interprete de la Constitución” y “superioridad jerárquica”<sup>387</sup>, ya que si bien es cierto el que al Tribunal Constitucional le es aplicable la primera, en concordancia con lo expresado en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y su misma doctrina jurisprudencial, no hay motivo para afirmar que los mismo suceda con la segunda, ni que aquella conlleve consecuentemente a ésta, de nuevo basados en lo señalado en la Constitución Política.

Lo señalado dio lugar a la introducción de un nuevo termino: el de “cosa juzgada constitucional”<sup>388</sup>, la cual se presentará si una sentencia se da conforme al “orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado por el Tribunal Constitucional (...) y de sus precedentes vinculantes (...)”. Al respecto el jurista argentino Néstor Pedro Sagúes señala que cosa juzgada constitucional es “el efecto que pueda tener una sentencia dictada en materia constitucional, mediante un proceso constitucional, por un órganos jurisdiccional de la magistratura constitucional”<sup>389</sup>.

Así podría establecerse que existe una cosa juzgada ordinaria recaída sobre una sentencia del Poder Judicial consentida o ejecutoriada, la cual no ha sido cuestionada mediante un proceso de garantías constitucionales (amparo); y otra de carácter constitucional la cual se daría en caso que dicha sentencia sí haya sido objeto de controversia mediante un proceso de amparo, siendo el Tribunal Constitucional la última y suprema instancia para determinarla.

Cabría preguntarse si la calidad de cosa juzgada que recae de ordinario sobre una sentencia del Poder Judicial sería una cosa juzgada “en suspenso”, mientras no sea revisada por el Tribunal Constitucional, o por el mismo Poder Judicial mediante un proceso de amparo. Similar inquietud es sostenida por Figueroa Gutarra quien advierte que “desestimar las decisiones de los jueces a través de un proceso competencial franquea muchas controversias, en tanto genera falta de certeza respecto a poner de lado los mecanismos que las propias normas infra

---

<sup>387</sup>Malpartida Castillo Víctor, op. cit., p. 147.

<sup>388</sup> Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente N° 006-2006-PC/TC, de fecha 12 de Febrero del 2007.

<sup>389</sup>Malpartida Castillo Víctor, op. cit., p. 158.

constitucionales prefijan para cuestionar decisiones judiciales con la autoridad de cosa juzgada”<sup>390</sup>.

Si bien es un tema polémico y de actualidad, una cosa es innegable: la posibilidad actual controvertir una sentencia con calidad de cosa juzgada emitida por el Poder Judicial, mediante una acción de garantías constitucionales, siendo la última instancia para decidir sobre ella el Tribunal Constitucional.

**b) La acción de amparo:**

Determinada la posibilidad de declarar nulas las sentencias con calidad de cosa juzgada emanada del Poder Judicial (ya no en sede ordinaria, sino constitucional) por una inadecuada motivación de las mismas, se hace necesario establecer cuál es el mecanismo que puede ser utilizado para dicho fin; siendo ésta la interposición de una acción de amparo, aduciendo que se ha violado el principio a un debido proceso legal en primer lugar ante el mismo Poder Judicial y, en última y definitiva instancia, ante el Tribunal Constitucional que conocerá la misma mediante la interposición de un recurso de Agravio Constitucional o, de ser el caso mediante un recurso de queja constitucional.

La acción de amparo o “juicio de amparo” como inicialmente se le conoció, tuvo su origen en México, siendo éste el primer país que lo consagró en la Constitución de Yucatán en 1941 tal como señala Fernández Segado<sup>391</sup>, siendo posteriormente recepcionada por el Perú con la Constitución de 1933, la cual la incluyó dentro del *habeas corpus* para después diferenciarse de ella en la Constitución de 1979, diferenciación que es recogida en nuestra actual Constitución Política de 1993. Así, la acción de amparo se encuentra reconocida en el artículo 200º inciso 2 de nuestra actual Constitución Política, la cual señala que “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”.

---

<sup>390</sup> FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “La prueba en el proceso según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Gaceta Jurídica, 1ª edición, Lima, 2016, p. 108.

<sup>391</sup>Rubio Correa, Marcial, “Estudio de la...”, Tomo VI, pp. 62 - 63.

Con respecto su redacción, ésta a primera vista revela una redundancia, pues al señalar que procede contra el hecho u omisión, por parte de “cualquier autoridad, funcionario” o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, implícitamente se estaría diciendo que las sentencias del Poder Judicial pueden ser objeto de dicha acción constitucional, por lo que la última parte de mencionado artículo carecería de sentido ya que como se dijo estaría incluida de manera implícita, máxime si solamente mediante su revisión en otro proceso sería posible determinar si dicha sentencia fue emitida dentro de un procedimiento regular; sin embargo podría tener un valor de reforzamiento y a su vez servir de base a la ya citada cosa juzgada constitucional.

Lo citado sirvió de base a la redacción del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, complementándola y fijando sus alcances, así señala que el amparo “procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.”

El reconocimiento de la necesidad de consagrar a los mecanismos de protección de garantías constitucionales en general, y el amparo en particular, se encuentra sustentado en el reconocimiento como derecho fundamental de la persona, el respeto de su dignidad siendo el fin supremo de la sociedad y el Estado, así lo señala Eto Cruz al decir que “la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración de Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección de su ejercicio”<sup>392</sup>.

Por otro lado, en Título III del Código Procesal Constitucional en su artículo 37° establece los derechos protegidos por ella, dentro de los cuales se recoge en el inciso 16) la tutela procesal efectiva; la cual alude directamente al tercer párrafo de su artículo 4° el cual señala que se entiende por tutela procesal efectiva “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus

---

<sup>392</sup> Eto Cruz, Gerardo, *“El Amparo, ámbito de protección de los derechos fundamentales, análisis sistemático de la jurisprudencia del TC”*, Gaceta Jurídica, 1ª edición, Lima, 2017, p. 17.

derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Como se puede apreciar, éste es un derecho “continente” pues abarca un gran número de derechos y que “por su carácter expansivo, extensivo y progresividad pueden ir incorporándose nuevos derechos. Esto será materia del desarrollo de la doctrina jurisprudencial de nuestra magistratura ordinaria y constitucional.”<sup>393</sup>; así también es reconocido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la cual señala que “tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– *continente* puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que: “(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.”<sup>394</sup>

Por lo que en conclusión, podemos determinar que la vía adecuada de poner en conocimiento de la justicia constitucional una sentencia con una deficiente o inexistente motivación en mediante la interposición de un recurso de amparo, aduciendo que se ha violado el derecho constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva.

**i) El Contenido Constitucionalmente Protegido y la Vía Igualmente Satisfactoria:** Sin embargo al presentar una acción de amparo debe tenerse en consideración las causales de improcedencia señalada en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, ya que no toda acción de garantías constitucionales será de plano admitida, para lo cual se debe tener en cuenta que,

---

<sup>393</sup> Valle-Riestra, Javier, op. cit., Tomo I, p. 176.

<sup>394</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 7289-2005-AA/TC, del 03 de Mayo del 2006.

como señala Abad Yupanqui una acción de garantía constitucional “solo garantiza el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental (inciso 1), que es subsidiario (incisos 2, 3 y 4), donde el acto lesivo debe subsistir o ser reparable al momento de presentarse la demanda (inciso 5), que no puede cuestionar en supuestos excepcionales los actos de determinados poderes públicos (incisos 6, 7 y 8), que no sustituye al proceso competencial si la controversia se suscita sobre las atribuciones o competencias de entidades de derecho público (inciso 9) y que debe presentarse dentro de un plazo determinado”<sup>395</sup>.

De las causales de improcedencia de las acciones de garantías constitucionales únicamente me referiré por cuestiones de espacio y por su trascendencia a los señalados en el inciso 1. (“los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”), y en el inciso 2. (“existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*) del artículo anteriormente citado.

**(1) El Contenido Constitucionalmente Protegido:** Con respecto al contenido constitucionalmente protegido, Sosa Sacio señala que “la noción de ámbito o contenido constitucionalmente protegido permite la protección de cualquier derecho constitucional (incluyendo los no enumerados), así como todo contenido que pueda inscribirse válidamente en él”;<sup>396</sup> adicionalmente Abad Yupanqui<sup>397</sup> señala que en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se hace una indebida identificación del término “contenido constitucionalmente protegido” con el de “contenido esencial” como puede apreciarse en el expediente N° 1417-2005-AA/TC que señala que “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconoce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo limite

---

<sup>395</sup> Abad Yupanqui, Samuel, “*Los derechos tutelados por el amparo*”, Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes sobre la justicia constitucional, Revista Institucional de la Academia de la Magistratura, N° 8, Marzo, Lima, 2008, p. 13.

<sup>396</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, “*Ausencia del contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia del proceso de habeas corpus*”, en Revista Gaceta Constitucional, N° 15, Lima, p. 115.

<sup>397</sup> Abad Yupanqui, Samuel, op. cit., pp. 19 -20.

al derecho fundamental solo resulta valido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume”; ello debido a que el término contenido esencial está reservado históricamente en doctrina a un límite contra el legislador cuando cumple su función con respecto a los derechos fundamentales ya reconocidos; por lo que debido a que el uso de la acción de amparo no es exclusivo frente excesos del legislador, sino que se extiende a todo funcionario y persona, tal como es señalado por nuestra Constitución, ésta incluiría a la otra por ser más abarcativa.

Debido a que el término “contenido constitucionalmente protegido” no es de uso común sobre todo en la jurisdicción ordinaria y con el fin de evitar que en un caso concreto, los derechos constitucionales violentados queden desamparados, el Tribunal Constitucional ha hecho algunas precisiones al respecto; así mediante precedente vinculante recaída en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02877-2005-PHC/TC se estableció que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia del recurso de agravio constitucional, en el sentido que no sea manifiestamente infundado y no se encuentre inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el Tribunal Constitucional.

Lo anteriormente señalado fue ampliado por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 987-2014-PA/TC que establece que será declarado improcedencia el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional: a) cuando carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque; b) cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; c) cuando la cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; y d) cuando se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Ejemplo de ello se dio en la Sentencia Interlocutoria del Tribunal Constitucional del 24 de Junio de 2015 en atención al Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Juana Aidé Huancahuari Paucar, en la que el Tribunal Constitucional señaló que el recurso interpuesto “No está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional, toda vez que lo solicitado escapa del ámbito de tutela del habeas corpus y se encuentra

relacionado con asuntos que corresponden ser determinados por la judicatura ordinaria”.

- (2) La Vía Igualmente Satisfactoria:** Con respecto a la vía igualmente satisfactoria, en primer lugar se debe tener en cuenta que con ello se establece que el proceso de amparo tiene un carácter subsidiario, con lo cual se establece una inmediata relación con el principio de contenido constitucionalmente protegido, tratado anteriormente, por lo que consecuentemente, si el contenido constitucionalmente protegido objeto de un proceso de amparo puede ser amparado con la misma eficacia en un proceso judicial ordinario, debe preferirse acudir a éste.

Una vía judicial será igualmente satisfactoria si logra proteger los derechos fundamentales con la misma eficacia que lo haría una acción de garantías constitucionales, de modo que la interposición de una acción de amparo no sea el único medio idóneo para su protección; por lo que en primer término esta vía igualmente satisfactoria debe tener un carácter sumario, es decir que para la protección de los derechos fundamentales no es adecuado el empleo de un proceso prolongado que ponga en grave riesgo su protección, además de ello se debe considerar que los procesos constitucionales carecen de etapa probatoria tal y como es señalado por el artículo 9° del Código Procesal Constitucional.

Es por ello que la vía igualmente satisfactoria no solo debe ser sumario, sino que además tenga la misma efectividad que un procedimiento carente de etapa probatoria; por lo que a pesar de encontrarnos ante una vía judicial sumaria, ésta no podrá ser tomada como vía igualmente satisfactoria si es que para la protección efectiva de los derechos constitucionales violados es necesario una etapa probatoria, de ahí la exigencia de que la violación a los derechos fundamentales sea de tal notoriedad que no se justifique la necesidad de etapa probatoria. Por lo que si un juez, ante un recurso de amparo considera necesaria una etapa probatoria basándose en la complejidad de probanza de la violación a los derechos fundamentales, es decir no resulta manifiesta, deberá rechazarse dicho recurso.

Sin embargo, como ocurrió con el “contenido constitucionalmente protegido” el juez que tiene la tarea de resolver la procedencia de una acción de garantías constitucionales, debe enfrentarse al hecho de establecer cuando se está ante una vía igualmente satisfactoria, lo cual de ordinario presenta complejidades y podría ocurrir dos situaciones perjudiciales: 1. que se protejan derechos constitucionales pasibles de la misma protección en otra vía diferente a la constitucional, lo que traería como consecuencia un aumento en la carga procesal y afectaría a aquellos casos que no cuentan de una vía igualmente satisfactoria para su protección; y más grave aún, 2. que al no contar con parámetros claros que permitan identificar una vía igualmente satisfactoria, el juez considere que existe una cuando en realizada no lo es, afectando la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En respuesta a ello, el Tribunal Constitucional en un primer momento de decanto por establecer listas basados en materias justiciables como por ejemplo el precedente la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00206-2005-AA/TC, (precedente Baylon) para temas laborales.

Sin embargo mediante Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos Núñez) se determinaron criterios que servirían para establecer la vía igualmente satisfactoria sin importar la materia que se trate, siendo los criterios considerados: 1) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; 2) Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada; 3) Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y 4) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

**(3) El Recurso de Agravio Constitucional:** Finalmente es necesario hacer referencial Recurso se Agravio Constitucional, el cual es regulado por el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, estableciendo que procede contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, siendo el Tribunal Constitucional el competente para conocerlo; y por la Constitución Política en el artículo 202° inciso 2 al expresar que el

Tribunal Constitucional conoce en definitiva y última instancia las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, data y acción de cumplimiento.

Adicionalmente otro modo en el que el Tribunal Constitucional conoce de una acción de garantías constitucionales se da mediante la interposición de un recurso de queja (artículo 19° del Código Procesal Constitucional), cuya oportunidad se dará si es que el Recurso de Agravio Constitucional es denegado, por lo que se interpone directamente ante el Tribunal Constitucional, el cual conocerá el Recurso de Agravio Constitucional si es que se declara fundado el Recurso de Queja. Por lo que no existe modo en el que un justiciable no pueda ser pasible de protección por el Tribunal Constitucional, pues éste en último término decidirá sobre la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional si se pronuncia de modo favorable sobre el Recurso de Queja interpuesto para dicho fin.

Cabe destacar aquí el contenido del artículo 22° del Código Procesal Constitucional que establece que “(...) Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad”; lo cual concuerda con lo señalado por Malpartida<sup>398</sup> citando a Eguiguren Praeli “de modo que el criterio de interpretación plasmado por el TC tendría que primar y no podría ser contradicho por las instancias del poder judicial...”, y a Castillo Córdoba que señala “De entre estos dos encargados de la jurisdicción constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional tiene una posición preferente...esto hace del Tribunal Constitucional el supremo velador de la constitución, y en la medida que velar por la constitución exige interpretarla, se convierte también en el supremo interprete de la Constitución”

Lo anteriormente dicho es reforzado además por los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el cual por ejemplo en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de febrero del 2007, EXP. N.° 0006-2006-PC/TC señala “No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la

---

<sup>398</sup> Malpartida Castillo, Javier, op., cit., pp. 141-143.

función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial”; lo que nos remite a la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial ya abordado con anterioridad; pero que sin embargo deja en claro una cosa: la posibilidad de impugnar una sentencia con una defectuosa o inexistente motivación a través de la justicia constitucional, siendo la máxima instancia para establecer dicho hecho el Tribunal Constitucional.

## 6) CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, la institución de la motivación de las sentencias ha tenido un recorrido histórico amplio desde el derecho romano a la actualidad para su reconocimiento como un derecho de las personas que acuden a las instituciones judiciales a fin de exigir tutela jurisdiccional así como el de ser un deber de todo juez que tiene que resolver un caso concreto y no menos importante el reconocimiento de su importancia como instrumento de examen de cualquier ciudadano, lego o no en derecho que desee realizar un análisis de un caso judicial.

La caída del antiguo régimen con la Revolución Francesa en 1789, permitió su incorporación como un derecho ineludible de todo proceso, gracias a la ideología democrática el cual fue el germen necesario para su incorporación positiva en la legislación<sup>399</sup>, por lo que se puede afirmar que la motivación de las sentencias va de la mano de una ideología democrática que la establezca y es ahí donde se origina su obligatoriedad.

A pesar de que su reconocimiento fue un gran logro, su desarrollo todavía no era el adecuado, ya que en un principio la motivación solo tenía una función endoprocesal,

---

<sup>399</sup> Así fue reconocido por el artículo 15º Título V de la Ley del 16 de Agosto de 1790

es decir era solo un instrumento que servía a las partes en un proceso concreto y al juez superior que revisada la sentencia de primera instancia a fin de agilizar la administración de justicia, además de ello su integración en el sistema jurídico fue paulatina debido a que aún se conservaba la mentalidad de la monarquía absolutista. Ejemplo de ello es el caso español de cuya cultura jurídica somos tributarios pues la Constitución de Cádiz de 1812 no se hace referencia a la obligatoriedad del juez de motivar sus sentencias continuando así por un tiempo más con la tradición jurídica del antiguo régimen.

Así en un principio únicamente se reconocía la obligación del juez de motivar sus sentencias pero no se desarrollaba los elementos que tenía que tomar en consideración para su otorgamiento. Nuestra historia constitucional es prueba de ello, así la Constitución Política de 1828 en su artículo 122° únicamente se señaló en referencia a la figura estudiada que “las sentencias son motivadas”, lo cual debido al momento histórico fue un gran triunfo la inclusión de su obligatoriedad.

El mismo artículo citado señalaba también que las sentencias además de ser motivadas debían ser pronunciadas en audiencia pública, lo cual fue un gran avance en el reconocimiento de su importancia no solo endoprosesal, sino también extraprosesal, pues se admitió que no solamente las partes debían ser informadas de la motivación de un determinado fallo por parte del juzgador, sino que toda aquella persona ajena al proceso que tuviere interés en conocer dichos argumentos justificativos tenía el derecho de conocerlos.

La siguiente Constitución Política, la del año 1834 también reconoció que la sentencias debían ser motivadas, pero además de ello dio un paso más, señalando que se debía expresar la ley o en su defecto los fundamentos en que se apoya, este considero, fue el primer intento por darle un contenido, el cual a pesar de ser insuficiente pues solamente se refiere a la ley a aplicar al caso concreto y no dice nada acerca de los hechos, marca el precedente de la necesidad de no solo reconocer legalmente la motivación, sino también la necesidad de dotarlo de un contenido.

La formulación contenida en la Constitución Política de 1834 se repitió por buena parte de nuestra historia constitucional hasta el año 1979 en el que se otorgó una nueva Constitución Política en la que la obligatoriedad de la motivación no se ve reducida a la sentencia, sino que abarca a todas las resoluciones en todas las instancias, señalando

que esta debe ser escrita y expresar la ley aplicable y los fundamentos en que se sustenta.

Este cambio en la formulación de la obligatoriedad de la motivación no fue únicamente cuantitativa, ya que se reconoció que el juez tiene la obligación de motivar todas sus resoluciones, sino que sobre todo cualitativa, pues no solo se precisó que dicha motivación debía ser expresada por escrito, sino que además señala el contenido de la motivación, pues señala que esta debe mencionar expresamente la ley a aplicar y los fundamentos en que se sustentan. Un punto a destacar en el inciso 4 del artículo 233° de la Constitución Política de 1979 es que ella contiene el primer intento de diferenciar tanto la motivación de la sentencia de la fundamentación de la misma, lo cual es un avance con respecto a la fórmula recogida en nuestras constituciones desde el año 1834, sin embargo tampoco hace alusión a los hechos como materia de motivación por parte del juez.

Esta falencia con respecto a los hechos recién se tomó en consideración con la Constitución Política de 1993, pues en su inciso 5 del artículo 139° se señala que la motivación además de mencionar la ley aplicable debía mencionarse los fundamentos de hecho en que se sustenta.

A pesar de que es rescatable que en esta Constitución Política se haya hecho mención finalmente a los hechos, la redacción del artículo 139° inciso 5 que la contiene es desafortunada, pues deja de lado la diferenciación hecha entre motivación y fundamentación contenida en la Constitución Política de 1979, lo cual supone un retroceso cualitativo en su redacción.

Como sabemos, una Constitución Política al ser la carta fundamental en la que va a reposar todo el ordenamiento jurídico de un país, no puede tratar a detalle todos los aspectos de cada una de las instituciones jurídicas que reconoce, lo cual es deber de las leyes de menor jerarquía que están por debajo de ella, sin embargo tomando en cuenta el artículo 233° inciso 4 de la Constitución Política de 1979 y el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política de 1993 puedo señalar que de la conjunción de estos dos dispositivos constitucionales se puede llegar a una formulación adecuada de la obligación de motivar a nivel constitucional, aplicando a la Constitución Política de 1993 básicamente la diferenciación entre motivación y fundamentación señalada en la

Constitución Política de 1979, dando como resultado una formulación más adecuada que sería la siguiente:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención de la ley aplicable y los motivos que sustentan su aplicación, así como los hechos probados y su respectiva justificación.”

Dejando de lado la formulación de la obligatoriedad de la expresión de motivación en las resoluciones judiciales a nivel constitucional y centrándonos en específico en el Código Procesal Civil, se puede verificar en primer lugar que son numerosos los artículos en la que es mencionada, sin embargo debido a que esta institución es fundamental para que exista un debido proceso legal, es recomendable que sea tratada de manera uniforme en un apartado especial en la que se determinen sus requisitos específicos.

Tenemos por ejemplo el artículo VII del título preliminar el cual a pesar de que trata la figura de la *“iura novit curia”* la cual también es señalada en el título preliminar del Código Civil, en su última parte señala que el juez no puede ir más allá del petitorio ni “fundar” su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última parte claramente establece uno de los requisitos de la motivación, el denominado requisito de congruencia, el cual de existir un apartado específico en el Código Procesal Civil para la motivación de resoluciones le correspondería su inclusión en dicho apartado.

Otros requisitos los encontramos en el artículo 50° inciso 6 en el que se señala que es causal de nulidad de las resoluciones la no inclusión de la fundamentación, así como la obligación del juez de observar y respetar los principios de jerarquía normativa y congruencia. Con respecto a la motivación de las sentencias es importante especialmente lo mencionado con respecto a la sanción de nulidad y la congruencia, estos dos requisitos deberían contenerse en el apartado antes mencionado como requisitos de la motivación, puesto que el primero señala la consecuencia que trae la no inclusión de la motivación en las sentencias y el segundo siguiendo a Devis Echandía establece la necesaria conexión entre lo resuelto por el juez y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes en un caso concreto.

Así también se menciona a la motivación en el artículo 121° en el cual se hace una diferenciación entre decretos, autos y sentencia señalando sus características y requisitos, dentro de los cuales se reconoce que las sentencias deben ser motivadas.

Finalmente tenemos el artículo 122° inciso 3 en el que se reconoce lo mencionado en nuestra Constitución Política, es decir que las resoluciones contienen los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. Este artículo establece los requisitos básicos de la motivación de las sentencias es decir, la inclusión en la motivación de una premisa jurídica y una fáctica que sirvan de sustento a la decisión del juzgador.

A pesar del innegable valor que supone la inclusión del texto del inciso mencionado para con la institución de la motivación de las sentencias, en el Código Procesal Civil al igual que en nuestra Constitución Política no se ha diferenciado de manera adecuada a la motivación de la fundamentación, lo cual si debió diferenciarse a nivel de legislación ordinaria.

Por otro lado y de mayor importancia, el legislador no ha considerado importante establecer los requisitos de la motivación con mayor detalle, ya que como se puede apreciar de la lectura del artículo 122° inciso 3, se establecen los requisitos de las resoluciones en los que está incluida la motivación, limitándose a señalar que la motivación debe contener una justificación de la ley aplicable al caso concreto y los hechos que le sirven de base.

Podríamos decir que se ha estimado únicamente necesario señalar como requisitos de la motivación que ésta contenga un pronunciamiento de hecho y de derecho, lo cual no constituye un avance con respecto al texto constitucional, en su lugar se debió adicionalmente desarrollar los requisitos mínimos que ordenen la justificación jurídica y fáctica de la motivación, lo cual sirva de orientación tanto al juez “*ad quem*”, al juez “*a quo*”, a las partes del conflicto jurídico y en general a todo ciudadano.

La inclusión de requisitos para la motivación jurídica y fáctica facilitaría por un lado la labor del juez de primera instancia, ya que tendría una guía que le sirva de orientación para redactar la motivación de sus sentencias de una manera más apropiada, así también resulta útil para el juez superior pues verificaría de manera más precisa el cumplimiento o no de una adecuada motivación; así también las partes

podrían verificar de manera más sencilla el cumplimiento de una debida motivación ya que estos generalmente son personas legas en derecho y es justo que la ley le provea de instrumentos procesales que faciliten su actuación en el proceso, lo cual podría derivar en una menor cantidad de apelaciones basándose en una inadecuada motivación, ayudando así con la carga procesal de los juzgados civiles, y finalmente es una guía para toda aquella persona que quiera investigar o informarse sobre un proceso y en especial sobre una sentencia, ya que podrá establecer de una manera más precisa si el fallo del juez fue el adecuado únicamente constatando el cumplimiento o no de los requisitos de la motivación en la sentencia.

Por lo tanto, de lo señalado podemos establecer la necesidad de tres cambios con respecto a la motivación de las sentencias en el Código Procesal Civil: en primer lugar una apropiada diferenciación de los conceptos de fundamentación y motivación, lo cual no tiene un mero afán académico sino que coadyuva a distinguir entre el establecimiento de las premisas fáctica y jurídica de los requisitos de ellas, ya que la fundamentación estaría dada por la mención de la ley aplicable y los hechos tenidos por probados en el proceso y la motivación con la justificación del juez de porque considera dichos hechos como probados y no otros así como por qué considera aplicable a dichos hechos una determinada ley.

En segundo lugar puesto que la motivación al ser una institución que garantiza un debido proceso legal en un Estado Constitucional de Derecho, y cuya importancia se confirma a lo largo de la historia, configurándose como la única garantía de la corrección o no de las sentencias judiciales, considero necesario su tratamiento de manera orgánica, incluyendo una sección en el Código Procesal Civil en la que se fijen sus requisitos debido a que como se mencionó, ello tendrá un papel orientador de todos los sujetos que intervienen en el proceso, así como aquellos que siendo ajenos tengan interés en examinar un proceso judicial en general y una sentencia en particular.

Finalmente en tercer lugar creo necesaria una ampliación en la redacción de los requisitos, de la motivación, sobre todo de los de suficiencia, ya que si bien es cierto es fundamental la mención de que la motivación debe abarcar tanto la “*quaestio facti*” como la “*quaestio iuris*”, ello obedece a la dimensión interna de la motivación, siendo necesario y conveniente ir más allá siendo más específicos de manera que también se incluyan los requisitos que ordenen la premisa jurídica y la premisa fáctica, es decir que se incluya la dimensión justificativa externa de la motivación, mediante la

incorporación de condiciones que sirvan de guía al juez al momento de redactar la justificación de los hechos probados y la de la ley aplicable al caso concreto; no está demás señalar que ello reforzaría los instrumentos que tiene el juez para justificar sus sentencias y servirá como auxilio a la partes a fin de establecer la corrección de la decisión contenida en la sentencia.

A continuación pasare a justificar cada una de las modificaciones propuestas:

#### **a) Diferenciación entre fundamentación y motivación de la sentencia**

Como se señaló anteriormente existe una clara diversidad de posiciones con respecto a los términos motivación y fundamentación, cuyos usos responden al medio jurídico-social en que son utilizados, empleándose estos términos ya sea como sinónimos tal y como ocurren en el Perú o limitándose solo al uso de uno de ellos.

Además de lo expresado, tanto jurisprudencialmente como en la doctrina jurídica existen posiciones encontradas, así en algunos casos como en el mexicano se utiliza el término fundamentación para referirse a la expresión del precepto legal aplicable al caso y el término motivación para hacer referencia a la justificación del uso de dicho precepto por el juzgador; por otro lado, existen posiciones como la sostenida por Armando Andruet y Rodolfo Vigo en Argentina la cual no los consideran como términos sinónimos, sino que un término abarca al otro, de modo que en éste caso la fundamentación comprendería también a la motivación, al contrario de lo que ocurre en Ecuador en donde la motivación incluiría a la fundamentación.

El uso de manera indistinta de los términos motivación y fundamentación en nuestra legislación es claro, tal y como se puede observar del articulado del Código Procesal Civil, lo cual considero debería modificarse, pues siguiendo a autores como Bacre, Ledesma Narváez entre otros, es necesario distinguir entre estos dos términos, dicha distinción se hace más clara si recurrimos a la doctrina en la cual se diferencia entre las dimensiones justificativas interna y externa de la motivación.

En síntesis la dimensión interna de la motivación la conformarían las premisas jurídica y fáctica, las cuales forman un silogismo que dan como resultado el fallo del juzgador, sin embargo para que una motivación sea adecuada no solamente debe atenderse a dicha dimensión interna, sino además de ello a la dimensión externa de

la motivación la cual está conformada por todas aquellas premisas previas que sirven de justificación a la premisa de hecho y a la de derecho del silogismo judicial.

De lo mencionado podemos señalar que el término fundamentación se relaciona con la dimensión interna de la motivación, es decir con las premisas mayor y menor del silogismo judicial, mientras que el término motivación propiamente dicho con la dimensión externa de la motivación es decir los argumentos que sirvieron para construir las premisas jurídica y fáctica del fallo del juzgador.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional al referirse a la motivación de las sentencias también se ha pronunciado sobre la motivación de las sentencias, podemos traer a colación lo mencionado en la sentencia del expediente Nro. 00268-2012-PHC/TC de Septiembre del 2012 (cuyo texto es recogido también en otros fallos del mismo tribunal) en donde se señala que la “motivación” requiere que exista: “fundamentación” jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique porque el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la ley prevé.

Del texto mencionado podemos concluir que además del uso equivalente en la legislación, la jurisprudencia constitucional por su parte incluye dentro del término motivación, al término fundamentación, dejándonos con más interrogantes sobre el uso adecuado de los términos jurídicos motivación y fundamentación.

Debido a la variedad de posiciones expuestas, no considero útil establecer que opción de las mencionadas es la correcta y cuales incorrectas, sino determinar cuál de las opciones de uso de los términos motivación y fundamentación resulta más apropiado para cumplir de una manera adecuada con la justificación de la sentencia.

Como señalé, estimo que la posición mexicana es la que de manera más acertada y clara utiliza los términos fundamentación y motivación, ya que el primero estaría dirigido para hacer referencia a la mención expresa del precepto legal a aplicar y el segundo a los argumentos que justifican el uso de dicho precepto al caso concreto, sin embargo ésta posición resulta insuficiente ya que olvida toda referencia a los hechos, por lo que sería necesario hacer la misma diferenciación con respecto a la “*quaestio facti*”.

Por ello propongo que un adecuado tratamiento y distinción entre los términos fundamentación y motivación sería la siguiente: la fundamentación de la sentencia estaría dada por 02 requisitos: 1) la cita de los precepto legales aplicables al caso concreto y, 2) la mención de los hechos tenidos como probados en el proceso. Por otra parte la motivación propiamente dicha también abarcaría 02 requisitos: 1) la justificación de la aplicación del precepto legal al caso, es decir su interpretación y 2) las valoraciones que el juez tomó en cuenta para tener por probados unos hechos y como no probados otros.

La necesidad de exhaustividad en la formulación de una institución jurídica en un cuerpo legal, se justifica en las marcadas diferencias sociales, culturales, económicas, etc. de nuestro país; debemos tener en cuenta que las leyes del ordenamiento jurídico son de aplicación en toda la nación, y no solo en aquellas localidades que por su desarrollo pueden tener acceso con mayor facilidad a herramientas como la doctrina especializada que les permitan pelear las falencias de la ley, sino que son también de obligatoria observancia en aquellas zonas que no tienen dichas ventajas, es más la existencia de doctrina especializada no exime de la responsabilidad a los legisladores de ser exhaustivos en su labor.

Por ello, la ley debe ser lo más precisa y clara al establecer que no solo se ha de explicitar la norma aplicable al caso o los hechos tenidos como probados, sino sobre todo justificar el motivo por el cual el juzgador las aplica en la solución de un conflicto. No debemos olvidar lo señalado por Filangeri en la época de la Ilustración, el cual mencionó: “no encuentro medio más efectivo para fomentar esta saludable opinión, en relación a los magistrados, que aquel de constreñirlos a dar razón pública de la justicia de sus decisiones”.

#### **b) Tratamiento orgánico de los requisitos de la motivación de la sentencia:**

Pese a la reconocida importancia de la motivación para legitimar una decisión jurisdiccional en especial de la sentencia, el legislador no consideró conveniente la inclusión de una sección en el Código Procesal Civil destinada específicamente a su tratamiento de modo orgánico, limitándose a su reconocimiento de similar forma como en la Constitución Política.

Entre los artículos que tratan a la motivación tenemos el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil en cuya última parte señala los elementos para que una decisión del juzgador sea congruente, los cuales son el petitorio y las alegaciones de las partes; a pesar de que este artículo no se refiere a la motivación en específico sino a la decisión, su texto puede emplearse para establecer los requisitos de una motivación congruente señalándose que ésta debe justificar la decisión del juzgador pronunciándose sobre el petitorio y todas las alegaciones de las partes.

En el artículo 50° inciso 6, se reconoce además del requisito de congruencia señalado en el artículo VII, el de jerarquía de las normas, el cual debe ser considerado dentro de los requisitos a tomar en cuenta cuando el juzgador motive la “*quaestio iuris*” de su sentencia. Lo señalado también debería ser considerado dentro de la sección dedicada a la motivación de la sentencia al igual que la consecuencia que recoge, es decir la nulidad de la sentencia.

También tenemos el artículo 122° inciso 3 el cual es uno de los que más interés genera con respecto a la motivación, pues en ella se reconocen los elementos justificativos internos de la motivación, es decir los fundamentos de hecho y de derecho.

Debemos recordar que en doctrina se diferencia entre dimensión justificativa externa e interna de la motivación, dentro del primer grupo se reconocen como elementos a las premisas fáctica y jurídica que van a servir de base a la decisión adoptada por el juzgador formando un silogismo jurídico. Son estos elementos los que son recogidos por el artículo 122° inciso 3 los cuales son las piezas esenciales de toda motivación de la sentencia.

En el segundo grupo se reúnen aquellos argumentos que van a servir de justificación a las premisas jurídica y fácticas, las cuales van a determinar su corrección para justificar la decisión del juzgador, de modo que existe un encadenamiento desde los argumentos que justifican a las premisas pasando a las premisas mismas que justifican el fallo de la sentencia.

Así una motivación adecuada es aquella que contiene una justificación interna y externa, siendo los elementos de esta última los que no se encuentran regulados en nuestro Código Procesal Civil, siendo necesario su incorporación al mismo, de modo que sea una guía completa de elaboración de una adecuada motivación.

Como vimos son numerosas las veces en las que se hace referencia a la motivación, teniendo un tratamiento desorganizado e incluso incompleto, por lo que se hace necesario su tratamiento orgánico en un apartado del Código Procesal Civil en cuyo articulado se considere en primer lugar una diferenciación entre fundamentación y motivación para luego establecer no solo los requisitos internos de la motivación tal y como en la actualidad están reconocidos, y además de ellos incluir los requisitos que la justifiquen externamente dando como resultado una motivación lógica, congruente y suficiente.

El tratamiento sistematizado de la motivación facilita el conocimiento de los requisitos que esta debe incluir para ser considerada apropiada para justificar un fallo, beneficiándose el juzgador que tendrá una herramienta guía sobre las condiciones que debe tener en cuenta en su motivación, las partes para conocer si se ha cumplido con ellos y meditar sobre la posibilidad de una apelación y al juez superior para establecer el cumplimiento de dichos requisitos en la sentencia por el juez “*a quo*”.

**c) Necesidad de incluir nuevos requisitos en el Código Procesal Civil:**

**i) Sobre el requisito de logicidad:** Como se mencionó el juzgador debe tener en consideración tanto la dimensión justificativa interna y externa de la motivación, siendo el requisito de logicidad el que se refiere específicamente a la dimensión interna de la justificación.

Este requisito se traduce por un lado en que la premisa jurídica debe tener una conexión lógica con la premisa fáctica de la motivación, y por otro que exista logicidad entre la motivación (jurídica y fáctica) y la decisión, de modo que formen una unidad.

El requisito de logicidad como se señaló viene a ser la forma final como se presenta el razonamiento justificatorio en una sentencia, mediante el uso de un silogismo, sin que por ello sea suficiente, ya que la lógica formal tiene únicamente un papel reconstructivo de los juicios de juzgador pues no brinda criterios interpretativos con respecto a la ley a aplicar ni criterios valorativos con respecto a los hechos del caso concreto.

Las premisas jurídica y fáctica que forman el silogismo judicial deben verse como decisiones, siendo necesario que las sub-premisas que las conforman tengan a su vez conexión lógica entre ellas y entre la premisa mayor y la premisa menor de la

decisión, considerando lo señalado por Maccormick, es decir que el silogismo jurídico por sí solo no determina el resultado del caso.

A pesar de que se da por descontado que este es un requisito básico y fundamental de la motivación, no está de más que sea reconocido explícitamente, ya que una interpretación extremadamente literal del artículo 122° inciso 3 del Código Procesal Civil en el que se menciona que la sentencia debe contener una motivación jurídica y fáctica, daría como resultado que para que una motivación se encuentre debidamente motivada debe contener un pronunciamiento de hecho y de derecho sin tomar en cuenta un control de logicidad entre ellos y la decisión, más si se tiene en consideración que el error “*in cogitando*” es desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, además de que no pocas veces se impugna una sentencia por contener dicho error.

**ii) Sobre el requisito de complitud o congruencia:** en primer lugar debemos recordar que los términos del proceso son establecidos por las partes, por lo que el juzgador deberá basar su decisión en lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación, así como las alegaciones que presenten para reforzar sus respectivas posiciones.

El artículo VII del Código Procesal Civil señala que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Así se pueden presentar dos casos en los que no se cumple con dicho requisito: por una lado la inexistencia total de motivación, caso que es sumamente raro, sin embargo puede presentarse la figura de que el juez consideró motivada su sentencia con la sola mención del dispositivo legal aplicable y los hechos tenidos por probados, lo que con una distinción adecuada entre motivación y fundamentación puede ser superado; el otro caso es el de omisión parcial de motivación que es más frecuente y se presenta cuando solo se justifica algunas de las decisiones del juzgador sobre el petitorio o las alegaciones presentadas en el proceso.

El texto del artículo VII señalado establece los requisitos de complitud que debe tomar en consideración el juez al momento de redactar su motivación, sin embargo el hecho de no señalar expresamente que debe pronunciarse sobre todas las alegaciones de las partes a producido que el juzgador considere cumplido el

requisito de congruencia si se pronuncie sobre el petitorio, mas no así sobre la totalidad de las alegaciones de las partes.

Así es establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que no se garantiza que de manera pormenorizada el juez se pronuncie sobre todas las alegaciones formuladas por las partes de manera expresa y detallada. Esta práctica considero debería cambiar y en su lugar exigir a los jueces un pronunciamiento total como ocurre con los términos del petitorio, sobre todas las alegaciones sostenidas por las partes, debido a que son éstas las que plantean los términos del proceso y que ello vulnera su derecho a obtener un pronunciamiento adecuado del órgano jurisdiccional así como su derecho de defensa.

Las partes al presentar alegaciones buscan reforzar su posición en el caso, dichas alegaciones son consideradas por ellas trascendentales para que el fallo del juzgador les sea favorable, sin embargo no todas ellas van a ser consideradas por el juzgador como probadas siendo consideradas irrelevantes para dar solución al caso, entonces si una de las partes sostiene un argumento que luego de ser revisada y reflexionada por el juzgador este considera que es intrascendente, la parte que la sostuvo va a querer conocer los motivos por los cuales no se consideró su argumento, provocándole indefensión si es que no encuentra una respuesta que le de las razones de dicha decisión, ello sobre todo para la parte vencida ya que ésta estará interesada en cambiar dicha decisión mediante una revisión de la sentencia por el juez superior, por lo que si resulta irrelevante una alegación se debería obligar al juzgador a explicar por qué lo considera así.

Debemos tener en consideración el carácter cerrado y atemporal de la sentencia en combinación con la función extraprocesal de la motivación, ya que la sentencia una vez ejecutoriada no puede ser materia de enmendaduras o adiciones a su texto, por lo que queda suspendida en el tiempo, es decir no es materia de afectación posterior de ningún tipo, además de ello si bien es cierto que la motivación principalmente y desde sus orígenes fue un instrumento principalmente de auxilio a las partes en un proceso, así como para el superior jerárquico, debido al principio de publicidad y al reconocimiento de la función extraprocesal de la motivación, se nos reconoce a todos el derecho seamos o no partes interesadas en un proceso concreto a revisar las actuaciones judiciales, y siendo la sentencia el pronunciamiento más importante de todo proceso, debería exigirse exhaustividad

en su pronunciamiento, dando respuesta a todas las alegaciones que las partes presenten para defender su posición.

Así, una motivación adecuada debe pronunciarse sobre el petitorio y todas las alegaciones de las partes, hecho que la doctrina reclama y que debería ser tomando en cuenta en la redacción del requisito de congruencia de la motivación en el Código Procesal Civil, así si bien el artículo VII hace bien en señalar los puntos sobre los que debe pronunciarse el juez, considero que debe hacer énfasis en que se debe dar respuesta a todas las alegaciones de las partes sean o no consideradas relevantes por el juzgador.

### iii) **Sobre el requisito de suficiencia:**

Los requisitos de suficiencia se centran en el carácter cualitativo de la motivación, se diferencian así del requisito de complitud que atañe al carácter cuantitativo de la motivación, es decir, que una motivación completa o congruente será aquella que responda a todos los pedidos de las partes en un conflicto concreto, mientras que mediante la suficiencia se establece los requisitos que harán aceptable una motivación, tanto en su dimensión endoprocesal como extraprocesal.

**(1) Sobre el requisito de racionalidad:** La racionalidad viene a estar constituida por el respeto al sistema jurídico, es decir, que el juez al ser una persona dotada de autoridad jurisdiccional debe justificar sus decisiones haciendo referencia al marco normativo que prescribe la ley, negándosele la posibilidad de motivar sus decisiones basados en su propio sistema de valores.

Como señala Caracciolo la racionalidad de la motivación viene de la mano con la obediencia a la ley, ya que de no regirse por su normatividad, una decisión será irracional, así se debe excluir todo tipo de razones que tenga un origen extrajurídico.

Nuestra legislación reconoce el requisito de racionalidad, tanto a nivel constitucional como de legislación ordinaria, así el artículo 139° inciso 5 de nuestra Constitución establece que la motivación debe contener la mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan, por su parte el artículo 122° inciso 3 señala que se debe mencionar los fundamentos

de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables al caso concreto.

Así el requisito de racionalidad será cumplido si es que una motivación tiene una pronunciación de hecho y de derecho, sin embargo el problema reside en que la sola mención de estos dos requisitos es insuficiente para cumplir de una manera adecuada con el requisito de racionalidad, pues únicamente se estaría haciendo referencia a la dimensión interna de la motivación, siendo necesario el desarrollo de su contenido, es decir, la dimensión externa de la motivación.

Dentro del requisito de racionalidad podemos diferenciar entre la racionalidad discursiva de la motivación y la argumentativa.

La racionalidad del discurso se refiere al cumplimiento de las dimensiones semántica, gramatical y sintáctica del lenguaje, ello con la finalidad de que el discurso justificativo sea de fácil comprensión para las partes que generalmente no son instruidas en derecho y además de ello que debido al principio de publicidad de las actuaciones judiciales, cualquier persona que requiera revisar o examinar las mismas tiene el derecho de hacerlo, sin embargo ello no será posible o por lo menos dificulta su actuación si es que el juez no toma en consideración que no solamente su decisión está dirigida a un auditorio técnico como los abogados defensores o el juez superior, sino que principalmente a las partes interesadas y en general a la ciudadanía que no está obligada a estar muy familiarizada con la terminología jurídica para conocer el contenido de las actuaciones judiciales.

Con ello no queremos decir que la motivación no incluya ningún término jurídico, ya que como sabemos existen vocablos propios en la terminología jurídica que son imposibles de no usar para comunicar una idea, sin embargo en todos los demás casos en los que no sea netamente necesario la utilización de dichos términos, debería preferirse utilizar términos de fácil comprensión para el lego en derecho, ya que al igual que las leyes, las sentencias al ser actos de comunicación pueden presentar ambigüedades y oscuridades lo que dificulta la posibilidad de la parte vencida de verificar la corrección del fallo del juzgador, siendo esto además causal para solicitar revisión de dicho fallo mediante apelación

Por ello creo necesario que se incluya entre los requisitos de la motivación que ésta sea redactada de manera clara y precisa sin un uso abusivo de terminología jurídica la justificación en la que basa su decisión.

Por otro lado tenemos la racionalidad argumentativa de la motivación, la cual como señala Colomer se acreditará con respecto a los elementos de hecho y derecho de la justificación y las regla de inferencia utilizadas; la racionalidad argumentativa se encuentra íntimamente ligada por el requisito de logicidad, ya que toma como base los elementos del silogismo jurídico.

Debemos recordar que la motivación de la sentencia es básicamente un razonamiento justificativo, en dicho razonamiento que toma la forma de un silogismo jurídico se pueden apreciar tres elementos: el primero una premisa mayor o jurídica en la que el juzgador mediante interpretación de la ley, establece cual es la norma aplicable al caso concreto, esta adecuación de la decisión a la ley le otorga el marco de racionalidad necesario para que su fallo sea tenido como válido, puesto que toda decisión judicial debe estar enmarcado en el ordenamiento jurídico por un tema de seguridad jurídica.

El segundo elemento es la premisa menor o fáctica, esta premisa es la más importante del silogismo judicial ya que la premisa jurídica actúa en base a ella, la premisa fáctica contiene los hechos que son tenidos como probados por el juzgador luego de haberlos valorado individual y conjuntamente teniendo para ello como referencia los medios probatorios aportados por las partes.

Finalmente tenemos el fallo o decisión del juzgador, el cual debe resultar lógicamente de lo sostenido por las premisas mayor y menor que le sirven de sustento.

Como podrá apreciarse en apariencia la decisión judicial no es más que un razonamiento lógico en la que la motivación vendría a estar compuesto por la premisa jurídica y la premisa fáctica, ello es recogido por nuestro Código Procesal Civil al mencionar que la motivación de las resoluciones contienen los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho con la mención expresa de la ley que le sirve de sustento, así si el juzgador en su sentencia expresa los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de soporte a su decisión estaría cumpliendo con el requisito de racionalidad.

Sin embargo debemos recordar que el razonamiento justificativo detrás de las decisiones de los jueces solamente tienen la apariencia de un razonamiento deductivo, ya que sus elementos, es decir las premisas jurídica y fáctica por sí mismas no pueden demostrar o justificar su corrección, ellas solamente pueden justificar el fallo de la sentencia; así tenemos que detrás de la premisa jurídica y la premisa fáctica se encuentran a su vez otras pre-premisas que le sirven de sustento justificativo, y es ahí donde la racionalidad argumentativa actúa, ya que esta exige que así como la premisa mayor y menor deben guardar relación lógica con respecto a la decisión judicial, lo mismo es exigible para los argumentos en los que se basan dichas premisas.

Para ello debemos recordar la dimensión justificativa externa de la motivación, cuyos elementos tienen por finalidad demostrar que las premisas establecidas en la justificación interna son correctas, así tanto el razonamiento detrás de la “*quaestio iuris*” y la “*quaestio facti*” está conformado por argumentos que les sirven de sustento y justifican su utilización por el juzgador, los cuales deben presentarse de manera coherente y razonable para ser tenidos como válidos.

La “*quaestio iuris*” como la “*quaestio facti*” responden a diferentes objetos pues por un lado el juzgador tiene el ordenamiento jurídico el cual debe ser interpretado para resolver el conflicto y por otro los hechos sostenidos por las partes, de los cuales debe seleccionar aquellos que tienen la calidad de probados y los que no; así de lo que se trata es justificar por un lado por qué la interpretación hecha por el juzgador es la más acertada o conveniente para resolver el caso concreto y por otro demostrar que las valoraciones realizadas a los hechos sostenidos por las partes son adecuadas. Así, para justificar la corrección de las premisas se debe cumplir con una serie de requisitos que garanticen que el razonamiento justificativo es el más apropiado para justificar las premisas jurídica y fáctica.

Tomando como base lo señalado considero que nuestra legislación es insuficiente al mencionar como requisitos de la motivación únicamente un pronunciamiento jurídico y uno factico, ya que hubiera sido más conveniente incluir pautas o requisitos que sirvan de guía para establecer cuando una motivación es suficiente y adecuada para justificar una decisión judicial.

Tal como fue señalado por Atienza los requisitos de la motivación interna y los de la motivación externa son complementarios y deben tenerse en cuenta para la redacción de una adecuada motivación, por lo que considero saludable y recomendable la inclusión de elementos adicionales en la legislación tanto en relación a la motivación jurídica como a la fáctica, ello ayudaría de un lado a los operadores jurídicos de la administración de justicia ya que tendrían nuevos elementos que sirvan para cumplir con su obligación de motivar de una manera más adecuada y por otro lado sirve a las partes en conflicto sus abogados los cuales tendrán una herramienta para establecer la idoneidad de apelar la decisión del juzgador por considerar que no ha cumplido con los requisitos mínimos de una adecuada motivación, así como a cualquier ciudadano en general para informarse de los requisitos que debe contener una adecuada motivación de una sentencia.

Como mencioné, dichos requisitos tienen diferentes objetos, sin embargo una sola finalidad la cual es garantizar y justificar que las premisas del silogismo judicial sean los más apropiados para resolver un caso concreto. Dichos requisitos serían los siguientes:

**De la premisa jurídica:** Uno de los instrumentos que tiene el juez para resolver un caso concreto es el ordenamiento jurídico, el cual debe interpretar para establecer su significado y aplicarlo a los hechos que son sostenidos por las partes, la racionalidad de su decisión dependerá de la solidez de los argumentos interpretativos que sostenga el juez en la motivación de su sentencia.

La posición que sostengo en relación a la interpretación de las leyes es heterodoxa, la cual defiende que siempre es posible la interpretación de la ley, sin importar lo claro que sea el texto a interpretar, ello es reforzado por la diferenciación entre disposición y norma que la doctrina, principalmente italiana ha construido, siendo el aporte con relación a la interpretación noética y dianoética de Letizia Gianformaggio clave en ello.

Así, el hecho de que una determinada institución jurídica (en este caso la motivación de las sentencias) sea desarrollada de manera exhaustiva en el Código Procesal Civil tal y como sostengo su necesidad, no significa que los juzgadores no tengan oportunidad o que ya no sea necesaria su interpretación

de las disposiciones legales, las instituciones jurídicas a lo largo del tiempo van reformulándose y afinándose para aplicarse a la realidad social, política, cultural, etc., de una sociedad en un determinado lugar y en un determinado tiempo.

Ejemplo de ello es la misma figura de la motivación de las sentencias, cuyo recorrido histórico va desde el total desinterés en formular su obligatoriedad en el clásico derecho romano, a reflexionar sobre su conveniencia o no por los glosadores en la edad media para ser reconocida formalmente tras la caída de los regímenes absolutistas a finales del siglo XVIII; sin embargo ello solamente era el inicio hacia el camino de su adecuado tratamiento en el ordenamiento jurídico, ya que en un principio la motivación era solamente la mención o cita de la norma positivizada para resolver el conflicto, además de ello se consideraba que las únicas personas interesadas en la motivación de las sentencias eran las partes del proceso y se les comunicaba ésta solamente a su pedido, es decir en un principio solo se reconocía su función endoprosesal; tuvo que pasar algún tiempo para que también sea reconocida la función extraprosesal de la motivación, ello estimulado por el reconocimiento de otras instituciones jurídicas como la publicidad de las actuaciones judiciales.

Principalmente la doctrina y la jurisprudencia son los instrumentos que generan este desarrollo en la formulación de los dispositivos legales, mostrándonos las deficiencias que contienen y proponiendo nuevas soluciones a fin de ser corregidas, mejorando así su aplicación en casos concretos; por ello insisto en que a pesar de que se considere que una figura jurídica se encuentre suficientemente regulada y que su texto sea de tal claridad que ya no sea posible interpretarla, esta siempre va a ser objeto de interpretación así como de mejoras en su regulación.

Nuestro Código Procesal Civil con respecto a la *“quaestio iuris”* únicamente señala que la sentencia se encontrará motivada con la mención de los fundamentos de ley así como la cita expresa de la ley a aplicar, ello si bien es saludable ya que hace una diferenciación entre motivación y fundamentación al expresar que no es suficiente la cita de la ley aplicable, sino que también es necesaria incluir o mencionar los argumentos interpretativos que justifiquen dicha aplicación, el Código Procesal Civil no nos ofrece una relación de

requisitos mínimos que sirvan de guía al juez para motivar su decisión con respecto a la premisa jurídica, lo cual es una clara deficiencia que debe ser solucionada.

Al respecto se debe diferenciar entre dos tipos de requisitos, de un lado aquellos que guían a la actividad interpretativa del juzgador y de otro los requisitos que formaran propiamente dicho el texto de la motivación de la “*quaestio iuris*”. Si bien los requisitos que más nos interesan son los segundos por ser los que se van a ser incluidos de manera expresa en la motivación de la sentencia, considero que sería recomendable incluir también ciertas reglas generales que orienten la actividad de interpretación-actividad del juez, lo que no significa que al incorporar dichas reglas generales, los juzgadores vean disminuidas sus facultades discrecionales al asignarle un determinado significado a la ley pues ello siempre será su tarea, de lo que se trata es solamente incorporar reglas para orientar su actividad interpretativa.

Dentro del primer grupo podemos señalar los siguientes:

**Establecimiento de la vigencia y validez de la norma:** es necesario antes de interpretar una ley que el juzgador establezca tanto su validez formal como su validez material, esto es verificar que la ley a interpretar no haya sido derogada y que no sea contraria a normas de rango superior en especial la Constitución Política. Estas dos operaciones resultan trascendentales ya que de nada serviría por un lado interpretar y aplicar una ley a un conflicto jurídico si es que dicha ley ya no forma parte del ordenamiento jurídico, lo cual se ve dificultado por la llamada derogación tacita, práctica que considero perjudicial ya que no permite conocer de manera expresa que leyes forman parte o no del ordenamiento jurídico, lo cual se intensifica si tenemos en cuenta la copiosa producción legislativa en nuestro país.

Por otro lado el juzgador debe constatar que la ley a interpretar respete el principio de jerarquía normativa, ejerciendo el control difuso que la Constitución Política le ha encomendado, sin embargo como señaló el profesor Sequeiros Vargas esta tarea es sumamente compleja ya que no se trata de una mera comparación de la ley ordinaria con la constitución política, sino que entran en juego varios factores que el juzgador debe tener en cuenta,

además del hecho de que los tribunales tienen una carga procesal elevada, su cumplimiento se ve perjudicado.

**Pronunciamiento respecto al objeto de la causa y alegaciones de las partes:** Antes de interpretar una ley que el juez considera aplicable al caso concreto, éste debe tener en consideración el requisito de congruencia de la motivación, es decir, el petitorio y las alegaciones de las partes.

Tal como lo señala el Código Procesal Civil el juez no puede resolver más allá de lo solicitado por las partes, de modo que debe existir congruencia entre el “*petitum*” y la motivación de la sentencia, ya que no puede considerarse una sentencia racional si es que a pesar de que el fallo es coherente con las pretensiones solicitadas por las partes, la motivación no justifique o no concuerde con la decisión adoptada por el juez.

Es por ello que debería hacerse hincapié en el hecho de que no es suficiente que el fallo concuerde con el “*petitum*”, sino que además los argumentos que sustentan dicha decisión tengan conexión lógica con ella.

Por otro lado el juez debe tener en consideración las alegaciones de las partes tanto jurídicas como fácticas y dar respuesta a todas ellas. Lamentablemente la jurisprudencia al pronunciarse al respecto señala reiteradamente que no es necesario que el juez se pronuncie sobre todas y cada una de las alegaciones de las partes, la doctrina por su parte considera ello perjudicial, atentando contra el derecho de defensa de las partes y estimando que debería exigirse que la motivación de la sentencia se pronuncie de modo exhaustivo sobre cada una de las alegaciones de las partes sobre todo las de la parte vencida, puesto que ésta es la más interesada en saber los motivos por los que su posición ha sido desestimada.

Con respecto a las alegaciones de hecho pueden ocurrir dos irregularidades: que el juzgador no se pronuncie sobre todas las alegaciones fácticas o que introduzca nuevos hechos que no hayan sido alegados por ninguna de las partes; el juzgador debe tener extremo cuidado con relación a los hechos ya que son las partes las únicas autorizadas en proponerlos, lo cual no vulnera la facultad del juzgador de practicar sobre ellos los medios probatorios adicionales que considere pertinentes para establecer la veracidad o falsedad

de los hechos tal y como es reconocido en el artículo 194° del Código Procesal Civil.

Por otra parte al referirse a las alegaciones jurídicas el juez tiene mucha mayor libertad ya que no se encuentra limitado por aquellas sostenidas por las partes, lo que no significa que no deba pronunciarse sobre la corrección o no de ellas. El ordenamiento jurídico reconoce al juez la posibilidad de apartarse de las alegaciones jurídicas sostenidas por las partes en virtud del principio de “*iura novit curia*” puesto que al ser un especialista en derecho se encuentra capacitado para establecer el derecho pertinente para la resolución del conflicto. Así, básicamente en un conflicto los hechos son proporcionados por las partes y el derecho por el juzgador.

Dentro del segundo grupo de requisitos de la “*quaestio iuris*”, es decir aquellos que deben ser mencionados expresamente en la motivación de la sentencia podemos mencionar los siguientes:

**Mención del criterio interpretativo adoptado:** anteriormente nos hemos referido a los métodos de interpretación que tiene a su disposición el juzgador para darle significado al dispositivo o dispositivos legales ue considera aplicables a la resolución de un conflicto, siendo la interpretación lingüística o literal la primera de las que debe servirse.

La ley debido a su función de predictibilidad debe procurar ser lo más clara y precisa en su formulación al ordenar una consecuencia jurídica a un determinado hecho, sin embargo muchas veces no es suficiente la aplicación de un solo criterio interpretativo, sino que debe recurrirse de forma simultánea a dos o más, así la interpretación que se le dé a un dispositivo legal puede variar si es que se aplica uno o varios criterios.

Por ello considero necesaria no solo la mención expresa del resultado interpretativo que hizo el juzgador de las normas, sino además la mención de los criterios interpretativos utilizados en la motivación de la sentencia, ello permitirá que las partes conozcan de manera más clara y precisa los motivos por los cuales el juez estableció un determinado significado a una ley y les permitirá controlar la coherencia entre la interpretación y el método

interpretativo y entre estos dos y el fallo, y por lo tanto puedan evaluar la coherencia interpretativa de las leyes aplicadas en la sentencia.

Ello facilita la labor sobre todo de la parte vencida para evaluar de una manera más completa la conveniencia de solicitar la apelación de la sentencia, así también el juez superior tendrá un conocimiento más detallado de los motivos que tuvo el juez “a quo” para establecer un determinado significado a la ley, lo que facilitará su labor.

**Significado atribuido a la ley conforme al criterio adoptado:** luego de que el juzgador señale los criterios interpretativos adoptados, debe expresar la interpretación misma de la ley que va a configurar la justificación jurídica de su fallo, sin embargo, no basta con que el juzgador exprese en la motivación de la sentencia los argumentos jurídicos de su decisión, sino que es necesario que ellos guarden coherencia lógica con los criterios interpretativos utilizados, ello incluso si es que el juez considera únicamente aplicar el método literal, ya que la ley al ser una construcción lingüística es flexible, y se debe procurar en lo posible ceñirse al texto de la ley para no obtener una interpretación que distorsione su naturaleza.

Si es que la interpretación de la ley guarda coherencia con los métodos interpretativos adoptados se tendrá como resultado una adecuada motivación jurídica, para lo cual adicionalmente debe tener en cuenta los hechos sostenidos por las partes ya que no obstante se haya realizado una escrupulosa interpretación de una ley, ello no serviría de nada si es que no guarda conexión con los hechos tenidos como probados.

Así con respecto a los requisitos de la motivación jurídica propiamente dicha de son necesario dos requisitos: la indicación de los criterios adoptados por el juzgador y la interpretación misma de ley de acuerdo a dichos criterios.

**De la premisa fáctica:** el segundo elemento que debe ser considerado en la motivación de la sentencia son los hechos sostenidos por las partes, en base a los cuales el juez debe distinguir entre aquellos que tienen la calidad de verdaderos o probados para lo cual se va a servir de los medios probatorios presentados por las partes así como aquellos que el juez considere conveniente practicar de oficio,

dando como resultado final la construcción de una “*story*” de los hechos probados, la cual va a servir para justificar su decisión sobre el caso.

Así la “*quaestio facti*” de la motivación estará conformada por las valoraciones que realizó el juez para determinar el valor probatorios de los medios de prueba ofrecidos por las partes así como establecer la probabilidad de las hipótesis de los hechos sostenidas por ellas, para cumplir dicho objetivo el juzgador debe realizar dos tipos de valoraciones, una individual y otra conjunta las cuales son complementarias.

Cada una de estas valoraciones deben formar parte de la motivación de la sentencia y al igual que con la premisa jurídica tiene una serie de requisitos que deben mencionarse expresamente

**Requisitos de la valoración individual:** Con respecto a la motivación de la “*quaestio facti*”, nuestro Código Procesal Civil también tiene serias falencias, principalmente no establecer literalmente que el juzgador para justificar su decisión sobre los hechos tiene que realizar una valoración individual de las pruebas aportadas por las partes de un proceso, y solamente se hace mención a la valoración conjunta de ellas, tal como puede leerse en el artículo 197<sup>o400</sup>.

La valoración de las pruebas necesariamente tiene que pasar por dos etapas, la primera es la valoración individual de cada de ellas, para luego pasar a la valoración conjunta de aquellas que hayan pasado con éxito la primera valoración, ello es exigido en la doctrina por juristas como Colomer, Igártua y Taruffo entre otros.

En el mismo artículo 197<sup>o</sup> se menciona además que en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, lo cual considero que vulnera el derecho de defensa de las partes y su derecho a obtener una respuesta apropiada del poder jurisdiccional debido a una motivación insuficiente pues sobre todo la parte vencida querrá conocer los motivos por los cuales los medios probatorios que presentó no han provocado convicción ante el juez de la causa.

---

<sup>400</sup> Artículo 197<sup>o</sup> del Código Procesal Civil: “todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

La obligación del juez de mencionar de manera expresa la valoración individual de cada uno de los medios probatorios presentados ante él, debería estar reconocido en nuestro Código Procesal Civil estableciendo los requisitos mínimos para cumplir de manera adecuada con dicha tarea. Entre estos requisitos se pueden mencionar los siguientes:

**Identificación de los medios de prueba:** se debe en primer lugar hacer una enumeración de todos los medios de prueba que han sido presentados por las partes y que van a ser objeto de análisis por el juez, ello tiene importancia endoprocesal ya que las partes podrán verificar si las pruebas aportadas por ellas han sido materia de análisis, de modo que si el juzgador no se pronuncia por una o más pruebas aportadas, la parte que se vea afectada por ello, tendrá la posibilidad de apelar la decisión del juzgador argumentando que no se ha tomado en consideración un determinado medio de prueba, por otro lado el juez superior tendrá la oportunidad de tener una visión completa de la actividad probatoria llevada en primera instancia. Por otra parte debido al carácter cerrado de la sentencia, solo de la lectura de ella cualquier persona que quiera investigarla debería tener una visión completa y detallada de todo el proceso y con respecto a los medios de prueba es necesaria la mención de todas ellas, ello debido a que la motivación cumple además una función extraprocesal..

**Juicio de fiabilidad:** una vez identificados todos los medios de prueba aportados por las partes, el juez deberá establecer cuáles de ellas cumplen todos los requisitos formales para ser considerados como de posible uso para acreditar un hecho determinado. En caso de que un medio de prueba no pase dicho examen de fiabilidad, las razones de ello deben ser expresados en la motivación y no solamente limitarse a mencionar los medios de prueba que pasaron el juicio de fiabilidad y los argumentos que lo sustentan,

Así también es recomendable que el juez no se limite a pronunciarse solamente sobre los medios de prueba de los hechos principales sino también de los secundarios, de modo que la motivación sea concedida de manera exhaustiva, sin embargo si es que sobre un mismo hecho se ofrecieron más de un medio de prueba y uno de ellos supera el juicio de fiabilidad, el juez podrá ser más flexible con relación a los demás medios de prueba, sin

embargo si solo se ofreció un medio de prueba deberá pronunciarse al respecto.

**Interpretación de la prueba:** en esta fase el juez determina el significado del medio probatorio para ello utilizará las máximas de experiencia ya sean científicas o propiamente dichas que tiene a su disposición, por ello es importante que el juez exprese no solo el significado que le dé a los medios de prueba, sino que deberá señalar que máximas de experiencia utilizó para efectuarlo, debiendo existir una correlación lógica entre ambos elementos.

Como en las anteriores fases el juez debe ser cuidadoso al mencionar no solamente aquellos medios probatorios que sirven para confirmar un hecho singular, sino que deberá justificar además cuando un hecho no le ha causado convencimiento debido a que la interpretación del medio probatorio que lo sustenta no ha corroborado dicho hecho.

Ello servirá para establecer si un hecho singular sostenido por las partes tiene sustento en algún medio probatorio o no, de modo que se podrá establecer si un hecho se tiene como probado o no por el juez, lo que se llevará a cabo en la siguiente fase.

**Juicio comparativo:** una vez que el juzgador tenga la lista de hechos confirmados por los medios probatorios ofrecidos por las partes, deberá confrontarlos con los hechos alegados inicialmente por ellos, de modo que aquellos hechos que no coincidan no podrán ser incluidos en la hipótesis que resulte de la valoración conjunta.

Esta confrontación debe ser incluida en la motivación de la sentencia lo que facilitará examinar a las partes, el juez superior y cualquier persona en general los motivos por los que unos determinados hechos singulares se reafirman y otros no.

Así, los requisitos de la valoración individual que serán incluidos en el texto de la motivación son los siguientes:

Mención de todos los medios probatorios

Mención de los medios probatorios formalmente validos su justificación

Mención de los medios probatorios que no sean formalmente válidos y su justificación

Establecimiento del significado de los medios de prueba y las máximas de experiencia utilizadas para ello

Mención de los hechos inicialmente alegados por las partes que son confirmados por el juez y aquellos que no y sus respectivas justificaciones

El cumplimiento de estos requisitos permitirá al juzgador realizar de manera adecuada la siguiente valoración conjunta.

**Requisitos de la valoración conjunta:** Con respecto a la valoración conjunta, no son pocos los juristas tales como el citado Igártua o Andrés Ibáñez que sostiene que ella es utilizada continuamente como una fórmula tras de la cual se ocultaba el arbitrio valorativo del juez, es por ello que para evitar ello previamente a la valoración conjunta se hace necesaria la valoración individual de los medios probatorios.

Como se mencionó previo a la valoración conjunta es necesario realizar previamente una valoración individual de cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, de dicho modo se le asigna un determinado valor a cada uno de ellos, distinguiendo entre aquellos que sustentan los hechos sostenidos por las partes y aquellos que no logran hacerlo, así la valoración conjunta se realizara únicamente en base a los primeros ya que de realizar dicha valoración sobre todos los medios de prueba significaría dotar de similar valor probatorio a todos, con lo que carecería de sentido realizar una valoración individual.

Así, La valoración conjunta tiene como finalidad la elaboración del relato de hechos probados los cuales deben presentarse en armonía entre sí y ser concordantes con las alegaciones de las partes, teniendo en cuenta la variedad y calidad de medios probatorios que le sirven de sustento.

Debemos considerar que las partes tanto en la demanda como en la contestación sostienen hipótesis de los hechos contradictorias, siendo tarea del juez establecer cuál de ellas es la que se encuentra mejor probada, la cual será considerada en la “*quaestio facti*” de la motivación, por lo que en primer

lugar el juez deberá justificar por qué dicho conjunto de hechos le causan convicción, sin embargo no solamente debe justificar la hipótesis vencedora, sino sobre todo la hipótesis vencida, ya que la parte que la sostuvo tendrá interés en conocer los motivos por los que su versión de los hechos no causó convicción y así sopesar la posibilidad de una apelación a la sentencia.

Así, con respecto a la valoración conjunta, la motivación deberá contener el relato de los hechos probados y su respectiva justificación lo cual será facilitado si es que se llevó a cabo previamente la valoración individual, se debe incluir también una justificación sobre los motivos por los que la hipótesis de la parte vencida no causó convicción en el juzgador, el no incluir esto último daría lugar a que únicamente se presuma que la decisión del juez fue la adecuada y provocaría sospechar que éste antes de establecer el valor probatorio de los medios de prueba eligió una de las hipótesis y posteriormente tomó en consideración los medios probatorios que la respaldan

Debemos recordar que solamente con la mención expresa de la totalidad de los resultados de los exámenes realizados a los medios probatorios se puede garantizar que el relato de hechos probados se ha elaborado de una manera adecuada, completa, exhaustiva y suficiente.

Adicionalmente, en doctrina se estima pertinente la inclusión en la motivación de la sentencia la mención al criterio de convencimiento empleado por el juez, el cual garantice coherencia en la apreciación de las pruebas.

Como pudimos apreciar al referirnos a los estándares de prueba, existen 03 niveles de racionalidad de dichos estándares: medio, bajo y alto, dependiendo de la tolerancia al error de dar por probado lo que es falso o dar por no probado lo que es verdadero que considere atendible el juzgador, dando lugar a tres situaciones: que se consideren igualmente tolerables los dos tipos de error, que se considere más tolerable dar por probado lo que es falso, o que se estime que es más tolerable dar por no probado lo que es verdadero.

En principio se sostiene que es el propio juez quien establecerá el nivel del criterio de convencimiento que considere más prudente y le sirva de guía para

calificar adecuadamente los medios de prueba, sin embargo se debe tener en cuenta el contexto procesal en el que desenvuelve sus actividades, así en un contexto procesal penal el criterio será de un nivel elevado, mientras que en el proceso civil el criterio de convencimiento será menos riguroso lo cual facilita el ejercicio de defensa de las partes y el ofrecimiento de pruebas, lo que se corresponde con el nivel medio del estándar de prueba.

Por ello a pesar de que es recomendable mencionar en la motivación el criterio de convencimiento empleado por el juez, de modo que ello sirva de guía para comprender de mejor modo las valoraciones efectuadas por el juzgador, la exigencia legal de su inclusión expresa dentro de la motivación de la sentencia no genera mayores inconvenientes, ya que como se señaló, lo usual es que en un contexto procesal civil el nivel de dicho criterio sea medio o de probabilidad prevalente, sin embargo si se diera el caso de que el juzgador considere necesario aplicar un criterio mucho más riguroso al de probabilidad prevalente, este debería ser mencionado expresamente en la motivación así como lo motivos de su adopción.

- (2) **La coherencia:** este requisito se encuentra íntimamente ligado al anterior, es decir al requisito de racionalidad, pues no es posible considerar una motivación como racional si es que a su vez no es coherente, el cumplimiento de este requisito es esencial para considerar a la motivación apta para justificar la decisión del juzgador.

Una motivación coherente debe cumplir con ciertos requisitos, en primer lugar y como ocurrió con el requisito de racionalidad, éste hace énfasis en el uso de los factores semánticos y sintácticos del lenguaje a fin de evitar confusiones en la redacción de la motivación.

Se debe considerar a la sentencia en general y a la motivación en particular como un acto comunicativo, dirigida especialmente a las partes del proceso pero también a la ciudadanía en general, por lo que debe asegurarse que el mensaje que quiere comunicar sea recibido y comprendido con claridad y precisión.

Por lo que la motivación no solamente debe ser comprensible para un auditorio técnico versado en derecho y que domine el uso de la terminología jurídica,

sino también a un auditorio general, por lo que dicho auditorio vera dificultado comprender los términos de la motivación por un uso exagerado de lenguaje jurídico.

La prioridad del juzgador debe ser la comprensión cabal de los motivos de su decisión, lo cual se verá intensificada si utiliza términos jurídicos para referirse únicamente a ideas que de otro modo no puedan ser comprendidos por una persona sin preparación jurídica, y siempre que las use procure una explicación lo más clara posible del significado que le da a dicho término en el caso concreto; así concordando con Aarnio, el intérprete jurídico (en este caso el juez) no debe limitarse a presentar un resultado que sea satisfactorio para sí mismo.

Por otro lado se debe cuidar que la motivación no carezca de coherencia argumentativa entre los diferentes elementos que la conforman, es decir que los argumentos que forman parte de la motivación de los hechos probados y los que forman parte de la motivación jurídica sean coherentes individualmente, y a su vez que sean coherentes entre sí.

Así también la motivación de la sentencia guarde armonía con la decisión adoptada por el juzgador, teniendo en consideración que ello no es similar a un desajuste entre el fallo y los términos de la pretensión, sino que inclusive si el fallo se pronuncia sobre todos los términos de la pretensión siendo ésta congruente o completa, aparece de la lectura de la sentencia una falta de coincidencia entre lo que se decide y lo que se motiva.

La doctrina ha señalado una serie de condiciones para considerar a los argumentos de la motivación coherentes, así con respecto a los argumentos de los hechos probados se mencionó que debe evitarse la consideración simultanea de un hecho como probado y como no probado, la afirmación de dos hechos incompatibles entre sí, entre otros, de igual manera con respecto a los argumentos jurídicos se recomienda que no se consideren simultáneamente como válidas dos interpretaciones de una misma norma o que se consideren legítimas dos consecuencias incompatibles entre sí, etc.

Autores como Colomer exigen adicionalmente que exista coherencia entre la motivación contenida en la sentencia del caso concreto y otras resoluciones

judiciales expedidas por el mismo juzgador en las que se haya pronunciado sobre la misma materia, sin embargo se reconoce la facultad del juez de apartarse de dichos precedentes si considera que la solución propuesta en el caso que tiene frente a él es más adecuada, siempre presentando argumentos que sustenten dicha postura.

Pese a la importancia de este requisito nuestro Código Procesal Civil no lo menciona, pues en el artículo 122° en el que se establece el contenido de las resoluciones no la contiene, lo cual debería ser solucionado con su inclusión.

Como se vio, son numerosas las recomendaciones que hacen los juristas con respecto a la coherencia de la motivación, sin embargo considero que únicamente es necesaria la mención en el Código Procesal Civil que la motivación debe procurar la coherencia lingüística y argumentativa de todos sus argumentos jurídicos y fácticos entre sí y entre ellos y el fallo.

**(3) La razonabilidad:** Como se mencionó anteriormente, la razonabilidad está ligada al grado de aceptación que tiene la motivación por las personas, configurándose principalmente cuando el juzgador tiene que elegir entre dos soluciones que pueden ser aplicadas de manera legítima a un caso concreto, lo que se da principalmente al presentarse los llamados “*hard cases*”. En la mayoría de casos, el requisito de razonabilidad es cumplido por la sujeción estricta a lo que la ley dispone, es decir con el cumplimiento del requisito de racionalidad.

El juez se encontrará frente a casos denominados fáciles, en los que sus facultades discrecionales se encuentran limitados por el ordenamiento jurídico; a pesar de ello, el juzgador siempre tendrá un margen de actuación discrecional, puesto que se ha superado la idea de que la ley proporciona por sí misma una solución a los diversos problemas jurídicos que se presenten ante los órganos jurisdiccionales, por lo que la ley no se aplica de forma mecánica sino que se hace necesaria su interpretación por el juez. En estos casos la razonabilidad de la motivación se configura con el cumplimiento del requisito de racionalidad

Sin embargo, pese a que no son numerosos, existen otros tipos de casos en los que las facultades discrecionales del juez se ven acrecentados, este tipo de casos son llamados difíciles o “*hard cases*” y se presenta como se señaló

cuando el juzgador tiene más de una posible solución legítima a un caso concreto, por lo que la motivación en este tipo de casos debe ser reforzada. Atienza señala además que pueden presentarse casos que mediante la aplicación estricta de la ley no tienen solución o ésta resulta inaceptable, por lo que en ello también se hace necesaria una motivación reforzada.

Ello se puede presentar ya que la ley no es infalible y al ser aplicadas a un caso concreto pueden presentarse anomalías como antinomias o lagunas jurídicas a lo que el juez debe dar solución, lo que concuerda con lo señalado por el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política, que obliga al juzgador a no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

Así en los “*hard cases*” el juzgador debe expresar en su motivación en primer lugar el criterio de razonabilidad que considera conveniente para la resolución del caso; es útil traer a colación el ejemplo mencionado por Manuel Atienza en diversos de sus escritos sobre la huelga de hambre del GRAPO, en ella el juez tenía dos criterios de razonabilidad aplicables para dar solución al caso, por un lado el principio de salud pública y por otro el de libertad de expresión, debido a que se presentan dos posibles soluciones incompatibles entre sí, el juez debe no solo exponer los argumentos que justifiquen su decisión, sino que también debe justificar la adopción misma del criterio, señalando los motivos por los que es más preferible la aplicación de una sobre la otra.

Por otro lado debe tener especial cuidado en demostrar que la opción escogida por el juzgador es la más adecuada para resolver el caso, debido a que también existen argumentos que servirían para justificar la adopción de la opción contraria, es necesario que la motivación de la decisión no deje lugar a dudas que la opción elegida es más razonable, conveniente y beneficiosa que la desechada.

Finalmente, debido a que estos tipos de casos presentan circunstancias particulares básicamente porque en ella se ponen a prueba y entran en juego valores sociales imperantes en una sociedad, la decisión así como su motivación deben procurar su aceptabilidad por la sociedad, demostrando su eficacia al resolver el caso.

Este último requisito es el que más dificultades conlleva su cumplimiento, no solo porque los valores sociales de una sociedad no se encuentran fijos en el tiempo sin ningún tipo de variación, sino que además muchas veces se encuentran contrapuestos, por lo que habrá opiniones que levantes su voz a favor de una u otra, incluso dentro de opiniones autorizadas como juristas u otros magistrados.

Así el juzgador puede encontrarse con que la solución que considera más adecuada para dar solución al caso sea considerada mayoritariamente irrazonable, sin embargo no debe perder de vista que como profesional del derecho tiene una preparación que excede al común de las personas y además de ello tiene a la vista el expediente que contienen todas las ocurrencias, alegaciones, puntos de vista y pruebas con las que puede dar una respuesta con un mejor conocimiento de las particularidades del caso a resolver.

Así en caso que el juez opte por una solución “minoritaria” debe tener especial cuidado en que los motivos de su adopción sean transmitidos de la manera más clara y completa posible.

Nuestro Código Procesal Civil no contiene ningún tipo de pronunciamiento al respecto de cómo debe motivar el juez al encontrarse frente a este tipo de casos, por lo que considero necesaria la inclusión de ciertos requisitos que orientes la actuación del juez frente a este tipo de conflictos. Así, se debería señalar que cuando el juez tenga más de una solución legítima para resolver un caso, la motivación deberá justificar no solo la decisión, sino además la adopción del criterio de razonabilidad utilizado de manera clara, precisa y completa.

En conclusión, propongo que un adecuado tratamiento legislativo de la institución de la motivación de la sentencia debería ser tratado en una sección especialmente dedicada a ella y contener los siguientes elementos:

#### **Artículo 01: Contenido de motivación**

La motivación del fallo debe ser expresa, clara, lógica, congruente y suficiente, conteniendo la mención de la ley aplicable y los hechos probados así como sus respectivas justificaciones.

#### **Artículo 02: Logicidad y coherencia**

Deberá existir una relación lógica y coherente entre todos los argumentos jurídicos y facticos, así como entre estos y el fallo.

### **Artículo 03: Congruencia**

El pronunciamiento deberá tener en consideración el petitorio y las alegaciones de las partes, dando respuesta a todas y cada una de ellas.

### **Artículo 04: Uso de terminología jurídica**

El juez deberá hacer un uso adecuado de la terminología jurídica, sirviéndose de ellos solo en los casos que sean absolutamente necesario.

### **Artículo 05: Razonabilidad**

En aquellos casos en los que el juez tenga más de una solución legítima aplicable al caso, y que entren en juego valores de interés social, deberá no solo incluir la motivación de su decisión, sino además la justificación del criterio de razonabilidad utilizado demostrando su primacía y razonabilidad sobre otros.

### **Artículo 06: De la premisa jurídica**

Son requisitos de la premisa de derecho

El establecimiento de la vigencia de la ley aplicable al caso, así como el respeto al principio de jerarquía normativa

La mención expresa del significado atribuido al dispositivo legal aplicado así como la expresión de los criterios interpretativos utilizados para ello

### **Artículo 07: De la premisa fáctica**

Son requisitos de la premisa de hecho

La valoración individual y conjunta de los hechos y medios probatorios ofrecidos por las partes cuyos resultados deben incluirse en la motivación

### **Inciso 1: La valoración individual deberá contener:**

La identificación de los medios de prueba ofrecidos por las partes

La mención de aquellos medios probatorios que son formalmente válidos y aquellos que no con su respectiva justificación

Establecimiento del significado de los medios probatorios y la mención expresa de las máximas de experiencia utilizadas para ello

La comparación entre los hechos confirmados por el juez con los sostenidos inicialmente por las partes

**Inciso 2: La valoración conjunta deberá contener:**

El relato de hechos probados y su respectiva justificación así como la mención expresa de los motivos por los cuales la posición de la parte vencida no provocó convicción.



## ANÁLISIS DE ENCUESTAS

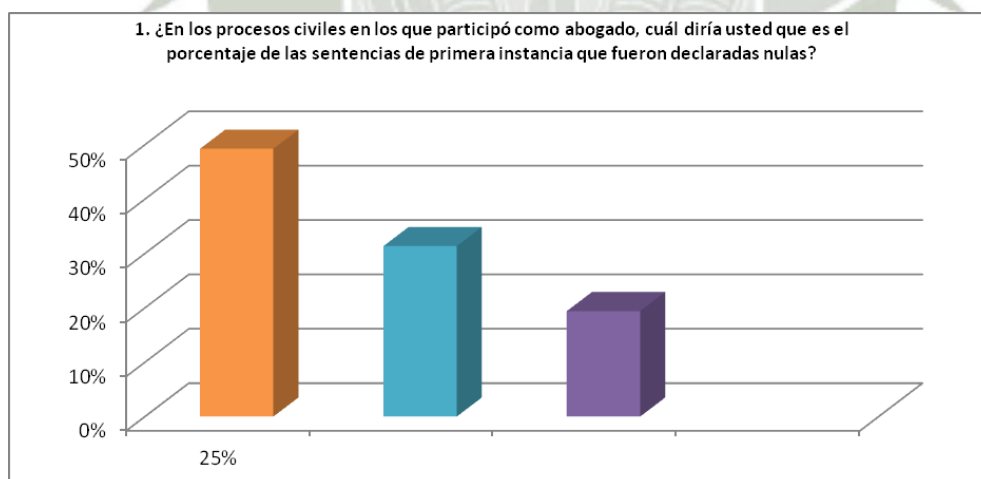
### 1) Antecedentes:

El presente anexo tiene como objeto una encuesta con el fin de establecer la percepción de la motivación de las sentencias civiles en los operadores jurídicos, teniendo como población a los Abogados hábiles colegiados en el Colegio de Abogados de Arequipa al 14 de Octubre del 2016, de los cuales se ha tomado una muestra de 67 abogados a encuestar para dicho fin. Para ello se ha hecho uso de cuadros porcentuales, de las respuestas dada por los abogados encuestados.

### 2) Cuadros porcentuales:

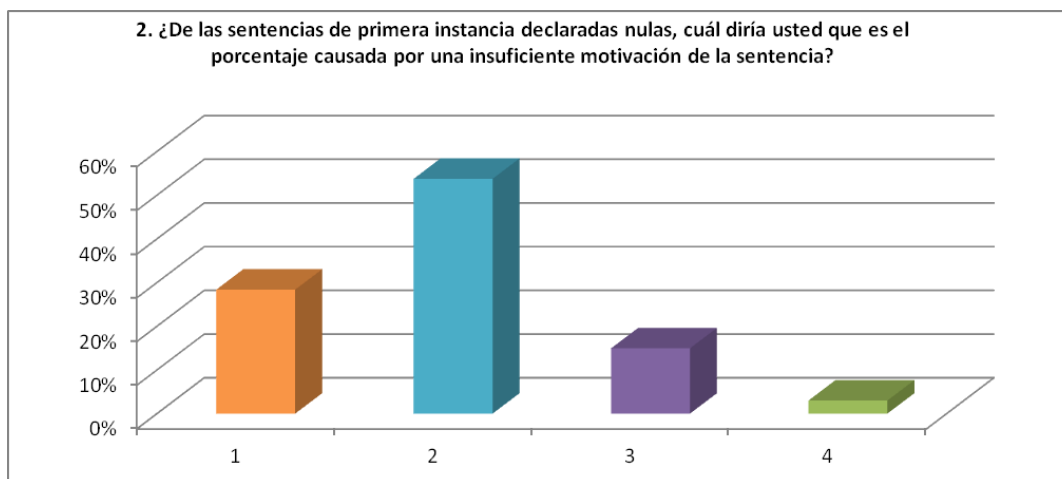
1. ¿En los procesos civiles en los que participó como abogado, cuál diría usted que es el porcentaje de las sentencias de primera instancia que fueron declaradas nulas?

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	25%	33	49.25%
B.	50%	21	31.35%
C.	75%	13	19.40%
D.	100%	0	



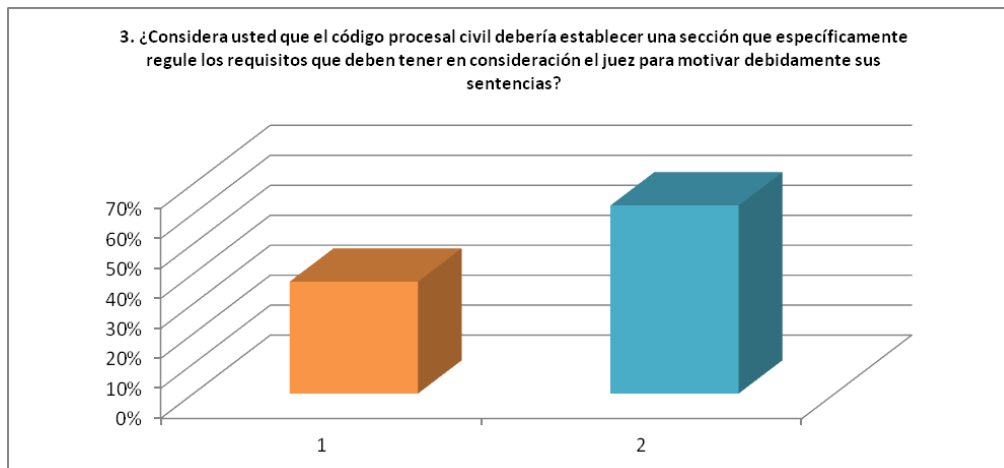
2. ¿De las sentencias de primera instancia declaradas nulas, cuál diría usted que es el porcentaje causada por una insuficiente motivación de la sentencia?

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	25%	19	28.36%
B.	50%	36	53.73%
C.	75%	10	14.93%
D.	100%	2	2.98%



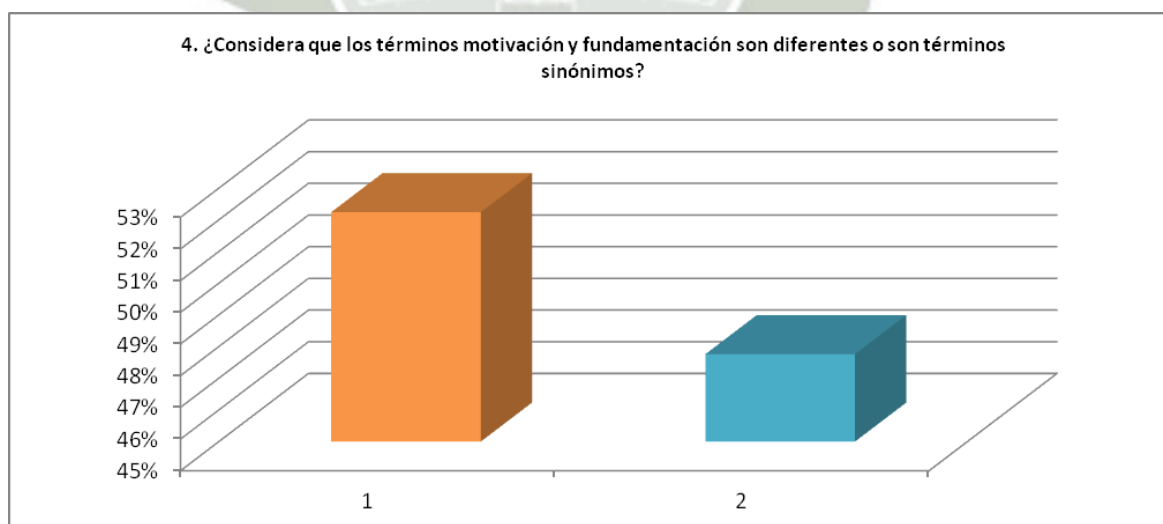
3. ¿Considera usted que el código procesal civil debería establecer una sección que específicamente regule los requisitos que deben tener en consideración el juez para motivar debidamente sus sentencias?

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	SI	25	37.31%
B.	NO	42	62.69%



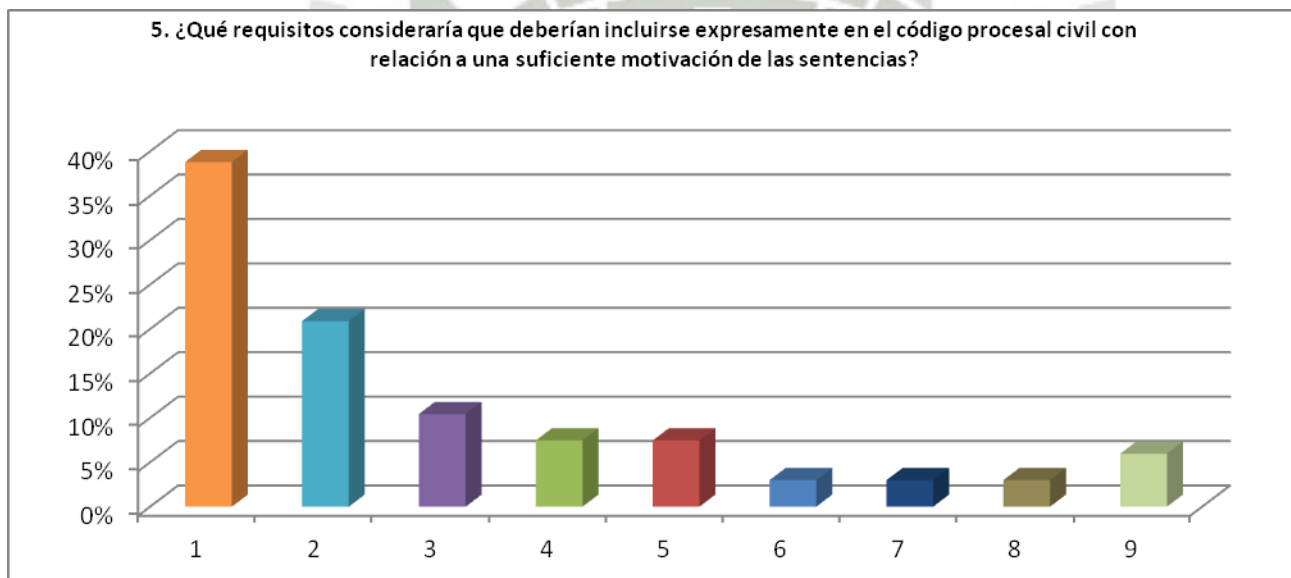
4. ¿Considera que los términos motivación y fundamentación son diferentes o son términos sinónimos?

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	IGUALES	35	52.24%
B.	DIFERENTES	32	47.76%



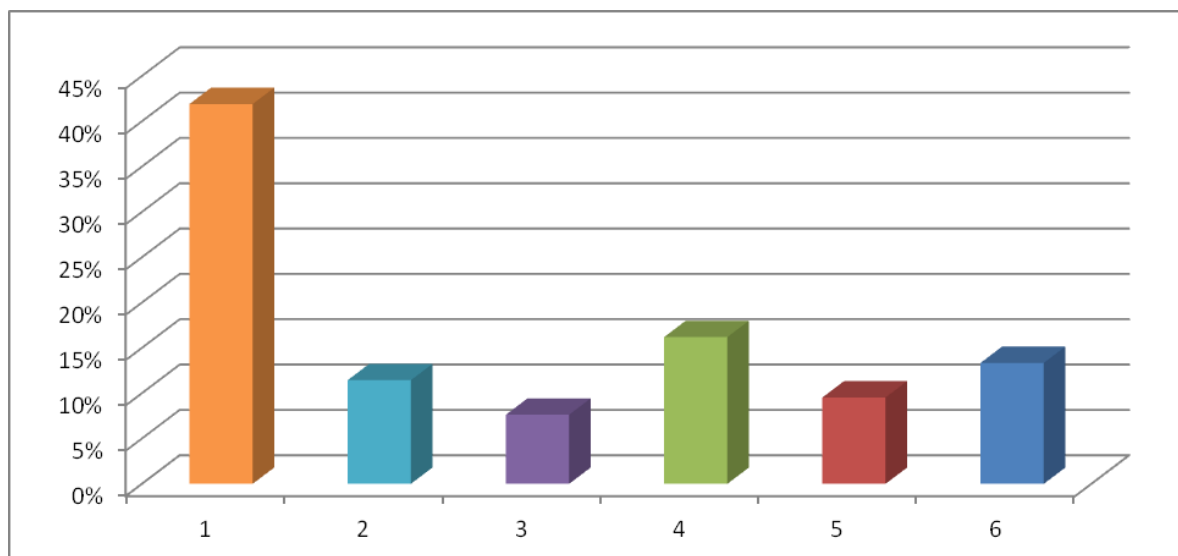
5. ¿Qué requisitos consideraría que deberían incluirse expresamente en el código procesal civil con relación a una suficiente motivación de las sentencias? De la más importante a la menos importante (pregunta abierta)

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	No son necesarios requisitos adicionales	26	38.81%
B.	Pronunciamiento de cada uno de los puntos propuestos al juez	14	20.89%
C.	Lenguaje digerible	7	10.44%
D.	Primacía de la Constitución, principios de derecho y plenos casatorios	5	7.46%
E.	Congruencia con la pretensión	5	7.46%
F.	Valoración de todos los medios probatorios	2	2.99%
G.	Congruencia con la pretensión	2	2.99%
H.	Ampliación de conceptos con respecto a la motivación	2	2.99%
I.	Otros (cambio del sistema de administración de justicia, jueces preparados)	4	5.97%



6. ¿Cuál considera usted que es la consecuencia de que se declaren nulas las sentencias de primera instancia por una insuficiente motivación? De la más importante a la menos importante

N°	ALTERNATIVAS	N° ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A.	Carga procesal en los juzgados civiles	44	41.90%
B.	Carga procesal en los estudios jurídicos	12	11.43%
C.	Onerosidad en los procesos para las partes	8	7.62%
D.	Falta de celeridad en la resolución de conflictos jurídicos	17	16.19%
E.	Desprestigio y desconfianza en el sistema judicial	10	9.52%
F.	Todas las anteriores	14	13.34%



### 3) Conclusiones de la encuesta:

Se puede concluir de la encuesta realizada que (pregunta número 01), si bien un buen número de los abogados encuestados señalan que el 25% de las sentencias de primera instancia en los procesos civiles en que participaron fueron declaradas nulas, es importante destacar que aquellos que mencionaron que el porcentaje es del 50% o más es mayor, lo cual revela a priori que en la mayoría de los casos, o al menos en un número importante de ellos, los procesos civiles no terminan con un pronunciamiento de primera instancia reconfirmado por el juez superior. Además de ello se revela que una apabullante mayoría (pregunta número 02) destacó que la causa principal de ello es una insuficiente motivación de las sentencias.

A pesar de ello, (pregunta número 03) al ser preguntados sobre la posibilidad de mejorar el texto del Código Procesal Civil dotándolo de una sección que regule de manera específica los requisitos que debe tener en consideración el juez para motivar debidamente sus sentencias, la mayoría de los abogados encuestados señalaron que ello no era necesario, esto a pesar de que como se mencionó anteriormente la gran mayoría de las sentencias de primera instancia que fueron declaradas nulas por el juez *ad quem* en los procesos en los que participaron fueron precisamente declaradas nulas por una insuficiente motivación de la sentencia.

Sin embargo ello podría explicarse al revisar los motivos que señalaron para ello, siendo la principal que la motivación de las sentencias ya se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y en la Constitución Política del Perú, y en un menor porcentaje que se le estaría quitando facultades al juez para decidir, por lo que se puede concluir la importancia que los abogados le dan a la regulación expresada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que parece contradictorio el hecho de que a pesar de que la causa principal de nulidad de las sentencias de primera instancia es una insuficiente motivación y que a todas vistas cualquier tipo de mejora en el ordenamiento jurídico con respecto a ello podría ayudar a disminuir dicho porcentaje, para la mayoría no es necesaria ya que la motivación simple y llanamente (sin darle mayor importancia a su contenido) ya se encuentra reconocido en la legislación.

Esta posición a su vez puede tener su explicación en el hecho que (pregunta 04) las opiniones con respecto a la sinonimia existente entre los términos motivación y fundamentación se encuentran claramente divididas, no existiendo una posición dominante con respecto a la otra, existiendo diversas posiciones con respecto al concepto y contenidos de lo que es una motivación suficiente<sup>401</sup>.

Respuestas como “motivación implica una acción y fundamentación aseguramiento de algo”, “fundamentación tiene relación sustantiva y adjetiva...motivación es la congruencia del fáctico con la norma”, “fundamentación se refiere a su regulación jurídica, motivación debe declararse el interés de la persona”, “motivación se regula por la doctrina, fuentes de derecho, fundamentación se regula por la jurisprudencia y la ley”, “motivación se relaciona a los hechos, fundamentación dar razones a un caso”, “fundamentar es casi un relato de los hechos y motivar es sustentar fácticamente y jurídicamente el sentido de la decisión tomada por el juzgador”, “fundamentación se debe expresar con precisión, motivación en las circunstancias especiales, razones particulares”, “motivación es una obligación para los magistrados, en la fundamentación el juez analiza los hechos”, “motivación son causas inmediatas que se han tenido en

---

<sup>401</sup> Debido a la diversidad posiciones señaladas en la encuesta con respecto a que significa motivación y fundamentación, no se ha presentado un cuadro porcentual al respecto, por lo que me remito a las respuestas señaladas que pueden ser revisadas en las encuestas que se anexan a la presente tesis.

consideración para que el juzgador emita el acto o resolución”, “motivación es la razón por la que se emite el fallo y la fundamentación es la conexión de un hecho con la normatividad existente”, “ en la falta de motivación se omite el dispositivo legal aplicable, en cambio en la indebida fundamentación se invoca el precepto legal pero resulta aplicable” son ejemplos en los que se puede verificar la diversidad de posiciones respecto a la motivación y fundamentación, las cuales como se pudo apreciar, no ayudan a establecer una posición mayoritaria clara y precisa del contenido o requisitos de la motivación o fundamentación.

Otros se limitaron a señalar que uno implica al otro, ya sea motivación incluye a la fundamentación o viceversa, señalando que “fundamentación es una parte de la motivación”, “al motivar se debe fundamentar”, “la fundamentación es parte de la motivación”, “son diferentes pues uno implica al otro”, “ambos se complementan”, “uno es parte de otro”; además de que no en pocos casos se limitaron a decir que son términos sinónimos o por el contrario que son diferentes sin dar alguna razón adicional al respecto, o a lo sumo responden diciendo “cada magistrado da interpretación diferente” “son sinónimos en algunos casos judiciales”, “explicar las razones que llevaron a la determinación del criterio adoptado (motivación) resulta diverso a decir que se encuentra sustentado(fundamentación)”, “son casi parecidos”, “es intrascendente la diferencia gramatical si ambas aluden a lo mismo”, “los fundamentos son la motivación del fallo al cual ha llegado el magistrado”, “los dos implican dar razones para expedir una resolución”, “ en ambos casos el juez explica la razón por la cual llegó a decidir el caso” sin dar mayores luces del porqué de su posición, lo que implicaría la poca certeza en algunos de los encuestados con respecto al contenido de la motivación y la fundamentación.

A pesar de ello, pocos abogados encuestados dieron una respuesta mucho más clara que las anteriores, posiciones como “en la motivación se indican las razones que han conducido a fallar de una u otra forma el sentido y la fundamentación que es lo adecuado que conlleva la sentencia (normas aplicables)”, “motivación es el análisis y fundamentación es el derecho objetivo que la sustenta”, “la motivación está relacionada con la justificación interna (relación entre premisa mayor, menor y conclusión) y la fundamentación está relacionada con la justificación externa, es decir dar razones de su decisión, es decir justificar lo interno”, “la

fundamentación se resume en la cita de hechos y normas, sin embargo la motivación son razonamientos elaborados de manera sistemática que concluyen en la decisión final”, “motivación son razones conducidas por el juez, fundamentación son normas” en las que puede apreciarse un mayor conocimiento con respecto a la institución de la motivación y la fundamentación.

Dicha diversidad no permite establecer una posición estándar con respecto a lo que los abogados encuestados considerarían que es motivar y fundamentar, ello debido a que la propia legislación al respecto no es suficientemente clara, precisa y completa al señalar su contenido y consecuentemente que a pesar de que la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra reconocido en el Código Procesal Civil, ello no ayudaría a tener un criterio unitario o por lo menor mayoritario de que es lo que el código adjetivo entiende por una adecuada motivación de las sentencias, por lo que se puede concluir que no es suficiente su reconocimiento y señalar únicamente que debe existir un pronunciamiento de hecho y derecho, sino que debe incluirse los criterios necesarios que hagan adecuados dichos pronunciamientos, lo cual como se mencionó anteriormente, es reconfirmado por la gran variedad de posiciones al respecto sobre que es motivar y que es fundamentar.

Con respecto a la pregunta número 05 no sorprende que la mayoría de los abogados encuestados señalaran que no eran necesarios requisitos adicionales, ello en concordancia al resultado de la pregunta número 03, sin embargo cabe destacar que entre los requisitos que serían recomendables mencionar como fundamentales en una motivación adecuada de las decisiones jurisdiccionales, obtuvo relevancia la posición que señala que el juez debe pronunciarse al respecto de todos los puntos propuestos ante él, es decir se hace necesario el reconocimiento al principio de exhaustividad, importancia señalada por algunos de los juristas citados en la presente tesis, pero que es negada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así también se hace referencia a la necesidad que dichos pronunciamientos jurisdiccionales tengan un lenguaje más accesible, lo cual si para parte de los abogados encuestados debe mejorarse, con más razón aún para sus defendidos, pues son a estos a quienes se dirigen las decisiones del juez y quienes deben tener pleno conocimiento de lo que se decide en sus procesos judiciales, teniendo en

consideración de que no tienen ninguna obligación de ser versados en términos jurídicos, es decir sin importar que sean legos en derecho; adicionalmente a ello se hizo hincapié en la necesidad de incluir el principio de congruencia entre lo decidido por el juez y las pretensiones de las partes por parte de los abogados encuestados.

También se menciona la necesidad de incluirse la primacía de la Constitución, los principios de derecho y los plenos casatorios, en el texto del Código Procesal Civil referente a la motivación de las sentencias, es decir se hace referencia casi exclusivamente al tratamiento de la “*quaestio iuris*”, sin embargo es casi nula la referencia a la motivación de la “*quaestio facti*”, además de que en dicho caso se reclama la valoración total de todos los medios probatorios propuestos al juez, lo cual demuestra un desconocimiento de la importancia de la valoración individual de los medios probatorios previo a la valoración conjunta de los que pasaron con éxito dicho test.

Entre las posiciones minoritarias se pueden señalar dos: una de ellas precisó que es necesario un señalamiento expreso de las normas aplicadas al caso concreto, de lo cual puede extraerse al menos dos posibilidades: 1) que algunos abogados a pesar de ser una gran minoría, no reconocen que ello está expresamente establecido en nuestro Código Procesal Civil, por lo que sería necesario su ampliación; o 2) que en algunos casos aunque mínimos, los jueces no expresan la norma aplicada al caso concreto, es decir únicamente señalarían su decisión sin hacer mención de la norma aplicada.

La otra posición minoritaria señaló la importancia de ampliar el concepto de motivación, es decir la necesidad de establecer requisitos adicionales, o mejor dicho, ser más precisos con relación a su contenido.

Adicionalmente algunos abogados encuestados, dieron respuestas que no tendrían que ver en específico con la institución de la motivación, como el cambio del sistema de administración de justicia o la necesidad de contar con jueces con mayor preparación, resultado del descontento experimentado en los operadores jurídicos ante la administración de justicia.

Finalmente con relación a (pregunta número 06) las consecuencias de que se declaren nulas las sentencias de primera instancia por una insuficiente motivación, en primer lugar se señaló a la carga procesal en los juzgados civiles, lo que se enlaza con la falta de celeridad en la resolución de los conflictos jurídicos que alcanzó el segundo lugar, y ellos a su vez con el desprestigio y desconfianza en el poder judicial; es decir que según la gran mayoría el poder judicial sería el principal beneficiario de un mejoramiento con respecto a la regulación de la motivación en nuestra legislación.

En menor medida se señaló que ello tiene incidencia en la carga procesal en los estudios jurídicos y en la onerosidad de los procesos para las partes, lo cual sería causado directamente por la carga procesal de los juzgados civiles, pues al no emitir sus pronunciamientos con celeridad, ello no incidiría de manera significativa en la carga de los estudios de abogados.

Así también cabe destacar que un número importante de abogados encuestados señalaron que todas las opciones mencionadas en la pregunta número 06 son consecuencias de la declaración de nulidad de las sentencias de primera instancia por una insuficiente motivación; ello es relevante ya que ocuparon el tercer lugar entre las opciones sugeridas para esta pregunta, por lo que se puede concluir que para un buen número de los abogados encuestados, los perjuicios que producen una inadecuada motivación de la sentencia no se limita a uno o dos, sino que abarca un gran número de inconvenientes, los cuales como se señaló, podrían ser disminuidos con un tratamiento más completo, preciso y claro con respecto a la motivación de las sentencias.

### **CONCLUSIONES CON RESPECTO AL PROYECTO DE TESIS**

Adicionalmente considero necesario señalar que la presente Tesis cumplió con las metas expresadas en el Proyecto de Tesis, así:

Existe coincidencia entre la hipótesis y el texto de la Tesis ya que se ha sustentado la necesidad de mejorar la redacción del Código Procesal Civil con respecto a la motivación de la sentencia no solo en base a doctrina autorizada que da cuenta de los contenidos de una adecuada motivación, sino que la encuesta realizada lo confirma pues mediante ésta se verifica un desconocimiento mayoritario de su contenido y alcances.

Los objetivos también han sido alcanzados ya que por un lado, se ha establecido una clara diferenciación conceptual entre los términos motivación y fundamentación, nuevamente haciendo uso de doctrina autorizada y señalando además una propuesta personal de sus contenidos; y por otro se han establecido los requisitos adicionales necesarios que regularían de una manera más adecuada la motivación de la sentencia en el Código Procesal Civil.

Con respecto al método y a la técnica aplicados en la presente tesis, considero que han sido adecuados, ya que por un lado se ha hecho uso del método analítico/dogmático al incluir un análisis de los dispositivos legales que regula la motivación en nuestro Código Procesal Civil como en la legislación comparada, además de incluir pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, éste análisis también cuenta con la cita de doctrina nacional y extranjera mencionada a lo largo de la Tesis que le da mayor respaldo a las conclusiones obtenidas.

Por otro lado, se utilizó el método empírico que conecta lo señalado en la Tesis con la realidad, para lo cual se incluyó la encuesta realizada a abogados colegiados en el Colegio de Abogados de Arequipa que sirven para corroborar la necesidad de mejorar el tratamiento legal de la motivación.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

1. Arcos Ramírez, Federico, *“La seguridad jurídica, una teoría formal”*, Dykynson, Madrid, 2000.
2. Atienza, Manuel, *“Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 3° reimpresión de la 1° edición, México D.F., 2007.
3. Bernal Ballesteros, Enrique, *“La constitución de 1993, análisis comparado”*, RAO editora, 5° edición, Lima, 1999.
4. Betti, Emilio, *“Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”*, (trad. José Luis de los Mozos) 2° edición, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
5. Bonorino, Pablo Raúl (ed.), *“El derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho”*, Ara editores, Lima 2010.
6. Botero Bernal, A. y otro (comp.), *“Temas de Filosofía del derecho”*, Universidad de Medellín, Medellín, 2003.
7. Bravo González, Agustín y otra, *“Derecho romano, primer curso”*, editorial Porrúa, 26° edición, México D.F., 2009.
8. Cavallone, Bruno y otro, *“Verifobia. Un dialogo sobre prueba y verdad”*, (trad. Maximiliano Aramburo), Palestra, Lima 2012.
9. Colomer Hernández, Ignacio, *“La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
10. Díaz, Elías, *“Sociología y filosofía del derecho”*, Taurus, 2° reimpresión de la 2° edición, Madrid, 1982.

11. Dougnac Rodríguez, Antonio, *“Manual de historia del derecho indiano”*, 2° edición, Instituto de investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., Mc Graw-Hill, México D.F., 1998.
12. Esquiaga Ganuzas, Javier, *“Iura Novit Curia y aplicación judicial del derecho”*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
13. Esquivel Pérez, Javier, *“Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 1980.
14. Eyzaguirre, Jaime, *“Historia del derecho”*, 17° edición, editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003.
15. Fabra Zamora y otra (dir.), *“Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho”*, Vol. II, Instituto de investigaciones jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2005.
16. García Amado, Juan Antonio y otro, *“Ensayos sobre teoría del derecho”*, Vol. II, ediciones Suarez, Mar del Plata, 2002.
17. García Belaunde, Domingo, *“Las constituciones del Perú”*, 2° edición, Lima, 2005
18. Gómez, Astrid y otra, *“Análisis del lenguaje jurídico”*, editorial Belgrano, Buenos Aires, 1998.
19. Gonzales Lagier, Daniel, *“Quaestio Facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción”*, Palestra, Lima, 2005.
20. Gutiérrez Camacho, Walter y otros (dir.), *“Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas”*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
21. Hernández Marín, Rafael, *“Historia de la filosofía del derecho contemporáneo”*, Tecnos, 2° edición, Madrid, 1989.

22. Hinostroza Mínguez, Alberto, *“Comentarios al código procesal civil”*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
23. H.L.A., Hart, *“Post Scriptum al concepto del derecho”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2000.
24. Igartua Salavarría, Juan, *“El razonamiento en las resoluciones judiciales”*, Palestra, Lima, 2009.
25. Kelsen, Hans, *“Teoría pura del derecho”*, (trad. Moisés Nilve), 9º reimpresión de la 4º edición, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
26. Kelsen, Hans, *“Teoría pura del derecho”*, (trad. Roberto J. Vernego), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 1982.
27. Kunkel, Wolfgang, *“Historia del derecho romano”*, (trad. Juan Miquel), editorial Ariel, 3º edición, Barcelona, 1972.
28. Larenz, Karl, *“Metodología de la ciencia del derecho”*, (trad. M. Rodríguez Molinero), editorial Ariel, 2º edición, Barcelona, 2001.
29. Ledesma Narváez, Marianella, *“Comentarios al código procesal civil”*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
30. Lifante Vidal, Isabel (ed.), *“Interpretación jurídica y teoría del derecho”*, Palestra, Lima, 2010.
31. Margadant, Guillermo, *“La segunda vida del derecho romano”*, Miguel Ángel Porrúa editor, México D.F., 1986.
32. Moreso, José Juan y otro (dir.), *“Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial”*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
33. Morineau Iduarte, Martha y otro, *“Derecho Romano”*, Oxford university press, 3º reimpresión de la 4º edición, México D.F., 2000.

34. Navarro Zamorano, Ruperto y otro, *“Curso completo elemental de derecho romano”*, T. III, Imprenta de sordo-mudos, Madrid, 1842.
35. Ortega Gomeró, Santiago (ed.), *“Proceso, prueba y estándar”*, Ara editores, Lima, 2009.
36. Osorio, Manuel, *“Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”*, editorial Heliasta, 26° edición, Buenos Aires, 1999.
37. Padilla Sahagún, Gumesindo, *“Derecho romano”*, Mc Graw-Hill, 4° edición, México D.F., 2008.
38. Pérez Bermejo, Juan Manuel, *“Coherencia y sistema jurídico”*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
39. Pérez Ragone, Álvaro y otro, *“Código Procesal Civil Alemán (ZPO)”*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
40. Petit, Eugene, *“Tratado elemental de derecho romano”*, (trad. José Ferrández González), editorial Porrúa, 23° edición, México D.F., 2007.
41. Pozzolo, Susanna y otro (ed.), *“Disposición vs norma”*, Palestra, Lima, 2011.
42. Prieto Sanchís, Luis, *“interpretación jurídica y creación judicial del derecho”*, Palestra, Lima, 2005.
43. Quiroga León, Aníbal, *“El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”*, Jurista editores, Lima, 2003.
44. Rentería, Adrián, *“Discrecionalidad judicial y responsabilidad”*, Fontamara, 2° edición, México D.F., 2002.
45. Rodenas, Ángeles, *“Razonamiento judicial y reglas”*, Fontamara, 1° reimpresión de la 1° edición, México D.F., 2004.

46. Rodríguez Boente, Sonia, *“La justificación de las decisiones judiciales, el artículo 120.3 de la constitución española”*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
47. Rubio Correa, Marcial, *“El sistema jurídico, introducción al derecho”*, Fondo editorial de la P.U.C.P., 2º reimpresión de la 8º edición, Lima, 2001.
48. Rubio Correa, Marcial, *“El título preliminar del código civil”*, 10º edición, Fondo editorial de la P.U.C.P., Lima, 2008.
49. Rubio Correa, Marcial, *“Estudio de la constitución política de 1993”*, T. V, fondo editorial de la P.U.C.P., Lima, 1999.
50. Salinas Solís, Gary y otro, *“La decisión judicial, la justificación externa y los casos difíciles”*, Grijley, Lima, 2009.
51. Samper, Francisco, *“Derecho romano”*, ediciones Universidad Católica de Chile, 2º edición, Santiago de Chile, 2007.
52. Sánchez, Bella y otros, *“Historia del derecho indiano”*, editorial Mapfre, Madrid, 1992.
53. Sentís Melendo, Santiago, *“El juez y el derecho (iura novit curia)”*, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
54. Silva Vallejo, José Antonio, *“El derecho procesal en la edad media”*, Cultural Cuzco editores, Lima, 1998.
55. Taruffo, Michele y otra, *“Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad”*, Ara editores, Lima, 2009.
56. Taruffo, Michele, *“La motivación de la sentencia civil”*, (trad. Lorenzo Córdoba Vianello) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.

57. Taruffo, Michele, *“La prueba, artículos y conferencias”*, editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009.
58. Valle-Riestra, Javier y otros, *“Código procesal constitucional”*, Tomo I, ediciones Jurídicas, Lima, 2004.
59. Vega Reñon, Luis y otra (ed.), *“Compendio de Lógica, argumentación y retórica”*, editorial Trotta, Madrid, 2011.
60. Wroblewski, Jerzy, *“Sentido y hecho en el derecho”*, (trad. Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría) Fontamara, 1° reimpresión de la 1° edición, México D.F., 2003.
61. Zambrano, Pilar, *“La inevitable creatividad en la interpretación jurídica, una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México D.F., 2009.

## TESIS

1. Accatino Scagliotti, Daniela, *“La motivación de las sentencias, genealogía y teorías”*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada, 2005.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. Aarnio, Aulis, *“La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”*, (trad. Josep Aguiló Regla) Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 8, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.

2. Aarnio, Aulis, *“Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”*, (trad. José Pedro Úbeda), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1986.
3. Aguiló Regla, Josep, *“Dos concepciones de la ética judicial”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 32, Universidad de Alicante, Alicante, 2009.
4. Alfaro Valverde, Luis, *“Apuntes sobre la nulidad de sentencia y la iniciativa probatoria de oficio en segunda instancia”*, Dialogo con la Jurisprudencia, Nro. 131, Año 15, Lima, 2009.
5. Aliste Santos, Tomás, *“La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal”*, Revista Pensamiento Jurídico, Nro. 21, Enero-Abril, Bogotá, 2008.
6. Añon María, José, *“Notas sobre discrecionalidad y legitimación”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 15-16, parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1994.
7. Atienza, Manuel, *“La razones del derecho. Sobre justificación de las decisiones judiciales”*, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 01, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., 1994.
8. Atienza, Manuel, *“Para una razonable definición de “razonable””*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987.
9. Báez Silva, Carlos, *“La motivación y la argumentación en las decisiones judiciales”*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Nro. 13, México D.F., 2003.

10. Bergholtz, Gunnar, *“Ratio et auctoritas; algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”*, (trad. Josep Aguiló Regla) Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 8, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.
11. Calvo García, Manuel, *“La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 3, Universidad de Alicante, Alicante, 1986.
12. Caracciolo, Ricardo-Alberto, *“La racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987.
13. Chiassoni, Pierluigi, *“Notas para un análisis silogístico del discurso judicial”*, (trad. J. M. Vilajosana), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 20, Universidad de Alicante, Alicante, 1997.
14. Cueto Rúa, Julio C. *“La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21, parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
15. De Benito Fraile, Emilio Javier, *“Notas para el estudio de las sentencias en el proceso civil ordinario desde la recepción del derecho común hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1881”*, Glosae revista de historia del derecho europeo, Nro. 01, Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, Murcia, 1988.
16. Díaz Sampedro, Braulio, *“La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica”*, Foro Nueva Época, revista de ciencias jurídicas y sociales, Nro. 05, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007.
17. Diciotti, Enrico, *“Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces”*, (trad. Jordi

- Ferrer Beltrán) Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 20, Universidad de Alicante, Alicante, 1997.
18. Falcón Juan, Pablo, *“La libertad en los tiempos de tiranía, sobre ideas, evolución y el paradójico nacimiento legislativo de la motivación judicial”*, Revista Lecciones y Ensayos, Nro. 85, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008.
  19. Garriga, Carlos y otra, *“El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1486-España, 1855)”*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nro. 01, Madrid, 1997.
  20. Gascón Abellán, Marina, *“Concepciones de prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre prueba y verdad de Michele Taruffo”*, Discusiones, Año III, Nro. 03, Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires, 2003.
  21. Gascón Abellán, Marina, *“Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba subjetivos”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 28, Universidad de Alicante, Alicante, 2005.
  22. Guastini, Riccardo, *“Problemas de interpretación”*, (trad. Miguel Carbonell) Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 07, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., 1997.
  23. Lariguét, Guillermo, *“La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica”*, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 17, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
  24. Levaggi, Abelardo, *“La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”*, Revista de Historia del Derecho, Nro. 06, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978.
  25. McCormick, Neil, *“La argumentación silogística: una defensa matizada”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, (trad. Juan Antonio Pérez Lledó) Vol. 30, Universidad de Alicante, Alicante, 2007.
  26. Malem Seña, Jorge F., *“¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.
  27. Martínez Martínez, Faustino, *“Ecos cronísticos del rey-juez medieval”*, Cuadernos de Historia del Derecho, Volumen extraordinario, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

28. Mazzaresse, Tecla, *“Interpretación literal, juristas y lingüistas frente a frente”*, (trad. Jordi Ferrer Beltrán) Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 23, Universidad de Alicante, Alicante, 2000.
29. Moreno, J.J. y otros, *“Argumentación jurídica, lógica y decisión jurídica”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992.
30. Murillo Villar, Alfonso, *“Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español”*, Teoria e Storia del Diritto Privato, Rivista Internazionale, Dipartimento di diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni dell’ Università degli Studi di Salerno, Nro. 05, Napoli, 2012.
31. Murillo Villar, Alfonso, *“La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”*, Cuadernos de Historia del Derecho, Nro. 02, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1995.
32. Navarro, Pablo, *“Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”*, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 22, Abril, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., 2005.
33. Ost, François, *“Júpiter, Hércules y Hermes, tres modelos de juez”*, (trad. Isabel Lifante Vidal), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993.
34. Pérez Luño, Antonio Enrique, *“¿Qué significa juzgar?”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 32, Universidad de Alicante, Alicante, 2009.
35. Platas Pacheco, María del Carmen, *“El deber del juez prudente; elementos para una reflexión personal”*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Nro. 31, México D.F., 2011.
36. Schmill, Ulises, *“Derecho y lógica”*, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 01, Octubre, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., 1994.
37. Sequeiros Vargas, Iván, *“El ejercicio de control constitucional por los jueces peruanos”*, Revista oficial del Poder Judicial, Nro. 05, Año 3, Lima, 2009.
38. Taruffo, Michele, *“Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”*, (trad. Maurizio Betti y Rodrigo Coloma) Discusiones, Año III, Nro. 03, Universidad del Sur, Buenos Aires, 2003.

39. Taruffo, Michele, *“Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”*, (trad. Raymundo Gama), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 29, Universidad de Alicante, Alicante, 2006.
40. Taruffo, Michele, *“Tres observaciones sobre “porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan”*, (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 28, Universidad de Alicante, Alicante, 2005.
41. Velluzi, Vito, *““Interpretación sistemática”: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”*, (trad. Amalia Amaya), Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
42. Vigo, Rodolfo Luis, *“Ética judicial e interpretación jurídica”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 29, Universidad de Alicante, Alicante, 2006.
43. Vigo, Rodolfo Luis, *“Razonamiento justificatorio judicial”*, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Vol. 21, parte II, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
44. Zuleta, Hugo, *“La fundamentación de las sentencias judiciales, una crítica a la teoría deductivista”*, Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, Nro. 23, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Octubre, 2005.

## **JURISPRUDENCIA**

1. Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de Enero del 2003, Expediente Nro. 010-2002-AI/TC.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de Septiembre del 2003, Expediente Nro. 2053-2003-HC/TC.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional del 05 de Abril del 2004, Expediente Nro. 0569-2003-AC/TC.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional del 01 de Julio del 2007, expediente Nro. 10508-2006-PA/TC.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de Octubre del 2008, Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional del 04 de Mayo del 2009, expediente Nro. 00176-2009-PHC/TC.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de Noviembre del 2009, Expediente Nro. 04061-2008-PHC/TC.

8. Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de Mayo del 2010, expediente Nro. 00896-2009-PHC/TC.
9. Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Junio del 2010, Expediente Nro. 05923-2009-PA/TC.
10. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Septiembre del 2012, expediente Nro. 02637-2011-PHC/TC.
11. Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de Septiembre del 2012, Expediente Nro.00268-2012-PHC/TC.
12. Sentencia del Tribunal Constitucional del 07 de Mayo del 2013, Expediente Nro. 01058-2011-PA/TC.
13. Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de Enero del 2014, expediente nro. 00804-2013-PHC/TC.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de Agosto del 2014, Expediente Nro. 0261-2013-PA/TC.
15. Caso Nro. 708-97 Huancavelica, El Peruano, 15 de Octubre de 1998, página 1934, Código Civil Jurista Editores, Lima, 2010.
16. México: Amparo en revisión del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del 07 de Julio de 1993, Caso Nro. 220/93.
17. Bolivia: Sentencia Constitucional del 11 de octubre del 2011, Expediente Nro. 2009-20840-42-AAC.

## ANEXO 01: MODELO DE ENCUESTA

01 ¿En los procesos civiles en los que participó como abogado, cuál diría usted que es el porcentaje de las sentencias de primera instancia que fueron declaradas nulas?

- a) 25%
- b) 50%
- c) 75%
- d) 100%

02 ¿De las sentencias de primera instancia declaradas nulas, cuál diría usted que es el porcentaje causada por una insuficiente motivación de la sentencia?

- a) 25%
- b) 50%
- c) 75%
- d) 100%

03 ¿Considera usted que el código procesal civil debería establecer una sección que específicamente regule los requisitos que deben tener en consideración el juez para motivar debidamente sus sentencias?

- a) Si
  - b) No
- Porque

04 ¿Considera que los términos motivación y fundamentación son diferentes o son términos sinónimos?

- a) Si son sinónimos
  - b) No son sinónimos
- Porque

05 ¿Qué requisitos consideraría que deberían incluirse expresamente en el código procesal civil con relación a una suficiente motivación de las sentencias? De la más importante a la menos importante (pregunta abierta)

06 ¿Cuál considera usted que es la consecuencia de que se declaren nulas las sentencias de primera instancia por una insuficiente motivación? De la más importante a la menos importante

- a) Carga procesal en los juzgados civiles
- b) Carga procesal en los estudios jurídicos
- c) Onerosidad en los procesos para las partes
- d) Falta de celeridad en la resolución de conflictos jurídicos
- e) Desprestigio y desconfianza en el sistema judicial
- f) Todas las anteriores

