



# UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

---

## ESCUELA DE POSTGRADO

### LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO UN COMPONENTE NECESARIO PARA BUSCAR LA RACIONALIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

Tesis para optar el grado de Doctor en  
Derecho y Ciencias Políticas

**BENEDICTO FREDY GÓMEZ HUAMAN**

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz - Áncash - Perú

2024

Nº Registro: **TE0119**





UNIVERSIDAD NACIONAL  
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"  
ESCUELA DE POSTGRADO

## ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis Doctoral, que suscriben, reunidos en acto público en el Auditorio de la Escuela de Postgrado, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Maestro : **GOMEZ HUAMAN BENEDICTO FREDY**

Título : **LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO UN COMPONENTE NECESARIO PARA BUSCAR LA RACIONALIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO.**

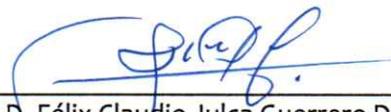
Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, lo declaramos:

APTO, con el calificativo de QUINCE (15)

De conformidad con el Reglamento General a la Escuela de Postgrado y Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Doctor en **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 21 de setiembre del 2023

  
Dr. José Antonio Becerra Ruíz  
PRESIDENTE

  
Ph.D. Félix Claudio Julca Guerrero Dr.  
SECRETARIO

  
Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo  
VOCAL

  
Elmer Robles Blacido  
Asesor

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM  
**ANEXO 1**  
**INFORME DE SIMILITUD.**

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

La racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano

Presentado por: Gómez Huaman, Benedicto Fredy

con DNI N°: 41661914

para optar el Grado de Doctor en:

Derecho y Ciencias Políticas

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11 ° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : .....7%..... de similitud.

**Evaluación y acciones del reporte de similitud para trabajos de investigación, tesis posgrado, textos, libros, revistas, artículos científicos, material de enseñanza y otros (Art. 11, inc 2 y 3)**

Porcentaje	Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda
Del 1 al 20%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	<input checked="" type="radio"/>
Del 21 al 30%	Devolver al autor para las correcciones y se presente nuevamente el trabajo en evaluación.	<input type="radio"/>
Mayores al 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que corres andan de acuerdo a Ley.	<input type="radio"/>

Por tanto, en mi condición de **Asesor responsable**, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz, 04/03/2024



FIRMA  
Robles Blácido Elmer

DNI N°: 31674266

Se adjunta:

1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

**Reporte de Similitud T033\_41661914\_D.pdf**

RECUENTO DE PALABRAS

**46571 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**256301 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**216 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**852.0KB**

FECHA DE ENTREGA

**Mar 1, 2024 6:32 PM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Mar 1, 2024 6:35 PM GMT-5****● 7% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 7% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 2% Base de datos de trabajos entregados
- 0% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 15 palabras)

## MIEMBROS DEL JURADO

*Doctor*

José Antonio Becerra Ruiz

Presidente



*Doctor*

Félix Claudio Julca Guerrero

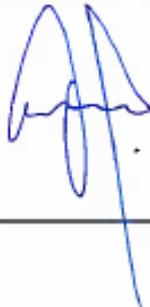
Secretario



*Doctor*

Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



## ASESOR

*Doctor* Elmer Robles Blácido



## AGRADECIMIENTO

- A Dios, principio de toda sabiduría y conocimiento.  
Quien vela por la ciencia y produce el querer como el hacer.
- A Seleni, Joana, Kayro y Joy. Regalos de Dios que inspiran mi vivir.
- Al Doctor Elmer Robles Blácido, por su amistad y consejos que me ayudaron a culminar el presente trabajo de investigación.

A Silvestra Huamán a quien veo en el cielo.  
Mujer virtuosa, toda una vida no alcanzaría  
mi agradecimiento y amor.



## ÍNDICE

	<b>Página</b>
Resumen.....	x
Abstract.....	xi
I. INTRODUCCIÓN.....	1-7
1.1. Planteamiento y formulación del problema .....	1
1.2. Problema.....	4
1.3. Objetivos.....	5
1.4. Hipótesis.....	6
II. MARCO TEÓRICO.....	8-55
2.1. Antecedentes.....	8
2.2. Bases teóricas.....	10
2.2.1. Bases iusfilosóficas, epistemológicas y metodológicas de la investigación .....	10
2.2.2. Bases teóricas o jurídicas.....	24
2.2.2.1. La racionalización del derecho.....	24
2.2.2.2. La racionalidad de las decisiones judiciales .....	35
2.2.2.3. El Estado constitucional.....	47
2.3. Definición de términos.....	53
III. METODOLOGÍA.....	56-60
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	56
3.2. Unidad de análisis y plan de muestreo.....	58
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de la información.....	58
3.4. Plan de procesamiento e interpretación de la información.....	59

IV. RESULTADOS.....	61-122
V. DISCUSIÓN.....	123-187
VI. Conclusiones.....	188-189
VII. Recomendaciones.....	190-191
VIII. Referencias Bibliográficas.....	192-205
Anexo.....	206



## RESUMEN

La finalidad de la presente investigación fue analizar los principales argumentos teórico-dogmáticos que fundamentan al proceso de racionalización del derecho como un requisito necesario para asegurar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales en el marco de un Estado constitucional de derecho. Para ello, se empleó una investigación teórico-dogmático, no experimental, transversal y explicativa. Por su naturaleza de investigación fue cualitativa, se empleó la técnica documental y análisis de contenido; para el análisis de los datos y la validación de la hipótesis se empleó la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica.

La investigación ha demostrado que la necesidad del proceso de racionalización del derecho en un Estado constitucional de derecho es fundamental para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales. Este proceso implica la estructuración de un marco jurídico coherente, claro y predecible, que sirve como base para decisiones judiciales justas y fundamentadas. La racionalización del derecho no solo refuerza la seguridad jurídica y la confianza en el sistema de justicia, sino que también es esencial para preservar los principios del Estado de derecho, como la legalidad, la igualdad ante la ley y el respeto a los derechos fundamentales. Este enfoque garantiza que las decisiones judiciales se basen en un análisis lógico y sistemático del derecho, evitando la arbitrariedad y asegurando la protección de los derechos y libertades individuales.

**Palabras clave:** Racionalización del derecho, racionalidad, racionalidad de la decisión judicial, decisión judicial y Estado constitucional.

## ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze the main theoretical-dogmatic arguments that support the process of rationalization of law as a necessary requirement to ensure rationality in the motivation of judicial decisions within the framework of a constitutional State of law; For this, a theoretical-dogmatic, non-experimental, transversal and explanatory research was used. Due to its nature, the research was qualitative, the documentary technique and content analysis were used; To analyze the data and validate the hypothesis, the technique of qualitative analysis and legal argumentation was used.

Research has shown that the need for the process of rationalization of law in a constitutional State of law is fundamental to guarantee rationality in the motivation of judicial decisions. This process involves the structuring of a coherent, clear and predictable legal framework, which serves as a basis for fair and informed judicial decisions. The rationalization of law not only reinforces legal certainty and confidence in the justice system, but is also essential to preserve the principles of the rule of law, such as legality, equality before the law and respect for fundamental rights. This approach ensures that judicial decisions are based on a logical and systematic analysis of the law, avoiding arbitrariness and ensuring the protection of individual rights and freedoms.

**Keywords:** Rationalization of law, rationality, rationality of the judicial decision, judicial decision and constitutional State.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Planteamiento y formulación del problema

La investigación versa sobre “la racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano”, se ha realizado un estudio teórico-dogmático que fundamentan al proceso de racionalización del derecho como un requisito necesario para asegurar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales en el marco de un Estado constitucional de derecho.

La finalidad, fue argumentar que la racionalización del derecho en el Estado constitucional peruano es una necesidad y exigencia por cuanto a través de ella se logrará que las decisiones judiciales sean coherentes, objetivos y suficientes, de tal manera que esta satisfaga la expectativa del justiciable y la sociedad que clama y requiere justicia, por cuanto, se ha observado que las decisiones judiciales suponen una cierta irracionalidad, desnaturalizando con ello la racionalizando del derecho y convirtiéndolo en incoherente.

Esta irracionalidad, se deriva del proceso de materialización del derecho que se produjo en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional, en el paso de la racionalidad formal al material, en la traslación de la mera legalidad a la estricta legalidad. El dotar de contenido sustantivo la función del legislador y del juez, hace, entre otras cosas, que este ostente un material pre-teórico insatisfactible que, en últimas, torna en incoherente su trabajo. Así pues, puede decirse que la racionalización material del derecho implicó una especie de irracionalidad juzgadora (No pueden derivarse conclusiones racionales de elementos, *prima facie*,

irracionales, este es el principal problema actual para la toma de las decisiones judiciales) (Suarez, 2011).

Asimismo, Rodríguez (2020) citando a Putnam (2006) señala que la racionalidad se ha relacionado estrechamente con la verdad y esta relación ha calado hondamente en la práctica jurídica. En efecto, la racionalidad de la decisión judicial se refiere a aquello que se entienda por verdadero y por esto, surge la pretensión epistemológica de distinguir lo verdadero de lo errado en la sentencia (Beltrán, 2007). Así pues, la racionalidad de la decisión judicial se identifica con la capacidad para hacer un fallo judicial con menores grados de error. Sin embargo, esta es una mirada muy estrecha que, precisamente, no arroja un baremo fuerte por el cual se pueda predicar que un fallo es racional. Y ello, a sabiendas, que la racionalidad es un concepto bastante problemático, sobre el cual no existe un acuerdo pacífico. Con todo, los juristas reclaman como concepto consolidado del carácter racional de las sentencias, el uso de parámetros formalistas acordes con el estado de cosas, no solo a nivel jurídico sino también al nivel de la vida social y, más recientemente el empleo de los desarrollos de la argumentación provenientes del denominado giro argumentativo (Rodríguez, 2020).

Ahora bien, la tendencia de identificar lo racional con el momento y valores de determinado estatus, en el que la racionalidad se corresponde con dicho estado de cosas (Horkheimer, 2010), es una cuestión que el derecho en términos prácticos reproduce continuamente por medio de los respectivos fallos judiciales y que, a la larga, significa autoridad y mando. Sobre esto ya Weber (2002), señalaba que la racionalidad del derecho surge de la primigenia forma de gobierno ejercida en el

ámbito doméstico y si bien, sea con mandatos o con procedimientos, lo claro es que el derecho proviene del poder, de la autoridad y de la exigencia de obediencia, notas que son a la vez características de la antigua autoridad domestica inspirada, básicamente, en el mundo romano antiguo y que ha transcurrido de esta manera en toda la tradición de occidente (pp. 502 y ss.). La evidencia histórica descrita, muestra la manera como se ha construido la *racionalidad* del derecho y en la que se ha soportado la dogmática jurídica anclada en el formalismo. Por esta razón, al derecho se le ha acusado de cierto estatismo y también de no acompañarse a los cambios que se producen en la sociedad que rige y ello, conllevaría a sostener que la racionalidad en el fallo judicial debería entenderse como la repetición de perennes formulaciones (Rodríguez, 2020).

Asimismo, Rodríguez (2020) señala, por el contrario, sí se asume que estudiar la racionalidad de la sentencia significa discernir lo verdadero de lo errado del respectivo fallo, entonces no puede aceptarse como método de estudio a aquellas posiciones dogmáticas que no intentan hacer una revisión constante de sus planteamientos. De hecho, sobre una cuestión tan sensible como es la vulneración de derechos fundamentales en una sentencia de carácter penal, no puede ser estimada como válida, una posición que no haga hincapié en examinar sus propios errores y se complazca así misma en una pretendida solidez dogmática (p. 6).

Finalmente, el trabajo de investigación se encuentra estructurado de acuerdo a los parámetros establecidos en el reglamento de elaboración de tesis de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, de la siguiente manera: La introducción, recoge el planteamiento del problema, los

objetivos y la hipótesis. Asimismo, el marco teórico, comprende el estudio de los antecedentes de la investigación, las bases teóricas que incluye las bases iusfilosóficas, epistemológicas y metodológicas de la investigación y las bases teóricas o jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Así también, la metodología empleada que incluye: tipo y diseño de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de la información, instrumentos de recolección de la información y el plan de procesamiento e interpretación de la información. Seguidamente se presentó los resultados, incluye los aspectos doctrinario, normativo y jurisprudencial. Luego se continuó con la discusión, a través de la apreciación crítica. Finalmente se presenta las conclusiones a las que se ha arribado, las recomendaciones al caso y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

## **1.2. Problema**

### **Problema general**

¿Cuáles son los fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad del proceso de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho?

### **Problemas específicos**

#### **Problema específico 1:**

¿Cuáles son los principales argumentos teórico-normativos que fundamentan la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho como requisito para la racionalidad en las decisiones judiciales?

**Problema específico 2:**

¿De qué modo la teoría jurídica justifica la exigencia de coherencia y no-contradicción en el ordenamiento jurídico para asegurar la racionalidad en las decisiones judiciales?

**Problema específico 3:**

¿Cuáles son los argumentos doctrinales que conciben la plena determinación del derecho aplicable como una condición necesaria para la racionalidad de las decisiones judiciales?

### 1.3. Objetivos

**Objetivo general**

Analizar los principales argumentos teórico-dogmáticos que fundamentan al proceso de racionalización del derecho como un requisito necesario para asegurar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales en el marco de un Estado constitucional de derecho.

**Objetivos específicos**

**Objetivo específico 1:**

Describir los principales argumentos normativo-doctrinales que justifican que un sistema racional de fuentes del derecho es una condición necesaria para garantizar decisiones judiciales racionalmente motivadas.

### **Objetivo específico 2:**

Explicar los principales fundamentos teórico-dogmáticos que sustentan la necesidad de coherencia y no-contradicción del ordenamiento jurídico para posibilitar decisiones judiciales racionalmente motivadas.

### **Objetivo específico 3:**

Describir los principales razonamientos teórico-jurídicos que justifican la plena determinación del derecho como un presupuesto para asegurar la racionalidad en las motivaciones judiciales.

## **1.4. Hipótesis**

Los principales fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho son: en primer lugar, la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias, que brinde seguridad jurídica para el razonamiento judicial; en segundo lugar, la exigencia de coherencia normativa y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico aplicable, que permita un razonamiento judicial deductivo y no contradictorio; y finalmente, la plena determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso, que posibilite un proceso judicial reglado y un razonamiento judicial suscrito a las fuentes formalizadas del derecho.

Estoy seguro que, como todo trabajo de investigación, el presente tiene muchas deficiencias, errores u omisiones; sin embargo, éstas son consecuencia

del proceso de aprendizaje, pero también de la ignorancia inicial que todos tenemos de los problemas que se plantean.

Mi compromiso es mejorarlas, en cuanto el jurado evaluador lo pueda detectar o, el lector minucioso y crítico, pueda advertirlas.

**El graduando.**

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

A **nivel internacional** se ha encontrado el trabajo de investigación de:

Mendes (2019) en su tesis titulada: *“La racionalización formal y material del derecho Un análisis filosófico sobre activismo judicial, democracia y división de poderes”*. Arribó a la conclusión que el activismo judicial trae consigo la discusión no solo sobre el rol y el comportamiento de los jueces, el modelo de sus decisiones o las controversias sobre la práctica judicial, sino también sobre cuál es el papel del poder judicial en la sociedad. Es cierto que quien se alinea al activismo judicial reconoce el poder judicial como un actor político, porque entiende que así la sociedad lo exige. En este sentido, si los tribunales judiciales son actores políticos, deben asumir su papel contaminándose de sociedad y escuchando las demandas populares. Deben, sobre todo apreciar la importancia de esta construcción de puentes, de ese estrechamiento de la relación entre derecho y sociedad, entre derecho y el cambio de la realidad de las personas como un papel fundamental del poder judicial en los días actuales. El distanciamiento con la sociedad en general ya no tiene más cabida en la manera de ver el poder judicial actualmente. Obviamente, no estamos tratando de populismo judicial. No se trata de tomar decisiones populares por presiones indebidas, ni por formas populares que sustituyan las acciones del legislador, sino de tomar decisiones correctas, justas y que lleven en consideración las circunstancias y las demandas de la sociedad. El control social y

la revisión por un segundo grado de jurisdicción siempre son garantías de que se actuó con la debida razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad.

A **nivel nacional** se ha encontrado los trabajos de investigación de:

Umiña (2015) con su tesis titulada: “*Justicia penal y la racionalidad en la argumentación jurídica en los mandatos de prisión preventiva*”. Concluye que, los fundamentos de la racionalidad en la argumentación jurídica, el juez debe resolver la solicitud de prisión preventiva sobre las bases jurídico-objetivas del caso concreto, con validez legal, lógica, proporcional y racional, basados en la concepción formal, material y pragmática de la argumentación jurídica; además, refiere el procesal penal ha determinado la obligación de motivar o fundamentar la resolución que tiene por objeto limitar algún derecho del imputado, esa motivación debe estar acorde con la argumentación jurídica, que ayuda a entender la motivación, cuyo razonamiento garantiza que se ha actuado racionalmente.

Borja y Vargas (2019) en su tesis titulada: “*La motivación judicial y la violencia contra la mujer en Lima Sur 2018*”. Llega a las siguientes conclusiones: Que exista una inadecuada motivación judicial en razón de las sentencias que están vinculadas con la violencia contra la mujer, por el hecho de ver más los aspectos jurídicos y no los aspectos facticos sociales que tiene una consecuencia en todo el entorno familiar, más aún con los trámites judiciales que se dilatan en perjuicio del agraviado y se ha demostrado producto de la presente investigación, y con el informe final correspondiente tenemos una inadecuada estructura de las resoluciones finales que emiten los jueces, por el hecho de tener en cuenta mayormente aspectos jurídicos como también la dogmática, dejando de lado una

estricta netamente fáctica, basada en los hechos o sucesos que se han acontecido en la problemática social.

Finalmente, a **nivel local** se ha procedido a explorar la biblioteca y repositorio de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, así como los repositorios virtuales de la Universidad San Pedro, Universidad Los Ángeles de Chimbote y la Universidad Cesar Vallejo, sin embargo, no se ha hallado trabajo similar a la racionalización del derecho o racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Bases iusfilosóficas, epistemológicas y metodológicas de la investigación**

Según Kuhn (2012) “Toda investigación se funda en determinados paradigmas” (p. 13), que permiten explicar su contenido y alcances, en ese sentido se presentan como el punto de partida de la investigación y en el modelo teórico a seguir para analizar los distintos aspectos que se presentan como problemáticos. En síntesis, un paradigma proporciona a los miembros de la comunidad científica que lo aceptan, una visión global de su campo de trabajo, de las normas de investigación y de los posibles problemas a resolver, tanto como de los patrones y tipos de soluciones posibles, aceptables; de modo que el paradigma organiza y define la práctica profesional de los miembros de la comunidad que lo aceptan (García, 1987).

Partiendo del carácter científico del derecho es indudable la relación que existe con los paradigmas jurídicos entendido como modelos teóricos que permiten no solo identificar los problemas sino la forma como lo pretende resolverlo, es decir son aquellos lentes con lo cual se observará y analizará la realidad objeto de estudio; en consecuencia, la presente investigación encuentra su justificación iusfilosófica, epistemológica y metodológica en tres paradigmas (Kuhn, 1996) jurídicos: el postpositivismo jurídico (Marquisio, 2007), la hermenéutica jurídica (Alberto, 2015) y el paradigma cualitativo (Izcara, 2014) como modelo metodológico.

#### **2.2.1.1. El postpositivismo jurídico como paradigma iusfilosófico**

Según Aguiló (2001) el paradigma iusfilosófico que se empleó para justificar y delimitar el contenido de la presente investigación, se desarrolló desde el paradigma del postpositivismo (p. 210) jurídico por tener correspondencia entre el problema y los argumentos sobre los que se desarrolla dicha concepción iusfilosófica.

Según Robles y Flores (2016), una clásica forma de concebir al derecho desde la filosofía es ubicándose en la corriente iusnaturalista o iuspositivista; sin embargo, en la actualidad desde la teoría del derecho los juristas contemporáneos han desarrollado una manera diferente de pretender comprender a la sociedad, el estado y el derecho a lo que un

sector de la doctrina lo conoce como el “postpositivismo” mientras que otro sector lo conoce como el “neoconstitucionalismo” (p. 25).

Asimismo, Calsamiglia (1996), sostiene que, el postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. La pregunta de Hart -para resolver los problemas de adjudicación- se dirige a plantear cuáles son las convenciones del pasado, y el papel preponderante que deben tener estas convenciones para resolver las decisiones futuras, mientras que la pregunta a la que los postpositivistas quieren responder no hace referencia al pasado sino al futuro. En un cierto sentido un hartiano ofrecería al jurista un conjunto de previsiones acerca de cómo se han resuelto en el pasado los problemas que se plantean. Cuando un abogado asesora a un cliente, normalmente lo que hace es plantearle cuáles son las soluciones de los casos semejantes al planteado (p. 211).

Por su parte, Atienza y Ruiz (2007) afirman que, la forma de percibir al derecho, surge como consecuencia que el positivismo jurídico no responde a los postulados del estado constitucional. En palabras de Aguiló (2001) este nuevo cambio de modelo de estado es el postpositivismo, debido a que el positivismo no es coherente con la constitucionalización del ordenamiento jurídico mientras que como

teoría es incapaz de responder a ciertos fenómenos jurídicos actuales que se suscitan en los Estados constitucionales.

En esa línea Marquisio (2017), plantea tres modelos de postpositivismo jurídico:

Primero el positivismo tradicional, por *positivismo tradicional*, refiero al desarrollo de la teoría hasta el “debate Hart-Dworkin”. Los pilares de la tradición -Austin, Kelsen, Hart- realizaron un abordaje metodológico que intentaba contestar las preguntas sobre la naturaleza (las condiciones necesarias y suficientes para que algo pueda ser considerado un estándar jurídico) y la normatividad del derecho (el sentido en que obligan dichos estándares). Las soluciones de estos tres autores convergían en las tres tesis con que se identificaba conceptualmente al positivismo (fuentes sociales, separación del derecho y la moral, y discrecionalidad judicial) aunque variaban de modo significativo. Marquisio (2017) citando a Austin (1954) señala que el derecho se reducía a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y su normatividad derivaba del hábito de obediencia (p. 865).

Según Marquisio (2017) una consecuencia directa de estos ataques fue la reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que no destruyen sus supuestos básicos. Las disputas internas del positivismo post “debate Hart-Dworkin” se han centrado en la viabilidad de la denominada tesis de la incorporación, es decir, si la identificación de la

existencia y el contenido del derecho a partir de las fuentes sociales es contingente (para quienes consideran que los sistemas jurídicos pueden “incorporar” criterios de mérito para esa identificación) o necesaria (para los que entienden que la tesis de la incorporación es falsa) (1). Pero otra consecuencia, tal vez menos evidente, es que el positivismo reformulado dejó de intentar, como tal, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho (2) (p. 866).

Marquisio (2017) continúa sosteniendo que el positivismo contemporáneo, lo que unifica las muy diversas visiones de la teoría jurídica que sostienen los positivistas contemporáneos es considerar al derecho como *fundamentalmente* social en su naturaleza, un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no algún tipo de mérito moral. La tesis social es materia de diferentes interpretaciones entre los positivistas (los incorporacionistas y no incorporacionistas debaten sobre la posibilidad de que incluya criterios morales de identificación jurídica), al igual que los hechos sociales que permiten identificar al derecho (la disputa es entre distintas versiones de convencionalismos constitutivos, convencionalismos regulativos y no convencionalismos) y la posibilidad de que se ofrezca una explicación reductiva de la validez jurídica (Green, 2008; Dickson, 2012) (p. 867).

Finalmente, según Marquisio (2017) sostiene que el postpositivismo vs. positivismo, El debate tradicional que enfrentaba al positivismo con el iusnaturalismo y el antipositivismo tenía como punto de referencia el conjunto de los problemas de la teoría del derecho. Las tesis positivistas se presentaban como una respuesta global a las preguntas sobre la naturaleza y normatividad del derecho, y así también lo hacían los ataques contra ellas. Los iusnaturalistas desafiaban estas tesis invocando la existencia de un derecho universalmente válido (reconocible para cualquier ser racional) de aplicación obligatoria o de una moralidad “interna” del derecho que hacía falso cualquier intento de identificación que prescindiera por completo de valoraciones. El primer Dworkin (1977) invocaba la existencia de estándares (principios y directrices) que los participantes de una comunidad jurídica consideran obligatorios y resultan de imposible captación por un criterio *maestro* de identificación institucional como la regla de reconocimiento positivista. El segundo Dworkin (1986) contraponía, frente a la concepción convencionalista de la normatividad jurídica que atribuía al positivismo, su visión holística del derecho como integridad. Aquí el derecho obliga por ser una práctica social, cuyas exigencias deben ser constructivamente interpretadas, al servicio de los valores constitutivos de la comunidad democrática y liberal. Sin embargo, una vez que se constata el repliegue del positivismo en sus ambiciones, el conflicto con el iusnaturalismo y el antipositivismo termina careciendo de relevancia (p. 870).

En consecuencia, el trabajo de investigación funda su paradigma iusfilosòfico en el postpositivismo juròdico, por cuanto la racionalidad de la toma de decisiones judiciales encuentra su fundamento en la racionalización del derecho.

### **2.2.1.2. La hermenéutica juròdica como paradigma epistemològico**

Para Grande (2011) el paradigma epistemològico o cientòfico que se siguió en la presente investigación fue la hermenéutica (p. 284) juròdica. Este enfoque conlleva a lograr una interpretaci3n adecuada de las palabras que se emplea en el mundo de la investigaci3n, para ello se requiere un proceso de b0squeda y descubrimiento del hombre en un sentido amplio.

El mismo autor contin0a se0alando que en la hermenéutica alcanzar un sentido filos3fico es determinante; supone la abierta culminaci3n de b0squeda humana del proceso hermenéutico. La operaci3n filos3fica compresi3n-interpretaci3n se lanza preferentemente desde los textos hacia el logro de un «sentido». Llegar al sentido y convencerse que *hic et nunc* tal es el sentido del texto, implica cristalizar el proceso de esfuerzos hermenéuticos en el que nos lanzamos desde una primera compresi3n del texto hasta una compresi3n interpretadora (Ibid.).

Grande (2011) continúa sosteniendo que alcanzar un sentido con motivo de una interpretación no puede implicar una frialdad cognitiva o una indiferencia afectiva para el hombre, pues el sentido posibilita un estado espiritual-emocional. Llegar al sentido supone una realización humana tras el proceso emprendido de búsqueda y descubrimiento. El sentido se asume como experiencia filosófica. Y el sentido alcanzado enriquece al ser humano, y también lo determina, pues su carácter *hic et nunc* es ineludible. El sentido va a afectar al camino experiencial de sentidos anteriores, así como va a ofrecer nuevos cauces en futuros procesos hermenéuticos. Con tal fuerza se vive el sentido en el tiempo que, ante un mismo motivo o referente hermenéutico en diverso ámbito experiencial, el sentido será sucesivo (o incluso alternativo) pero no repetitivo (Ibid.).

Asimismo, la hermenéutica aspira a que el propio alcance de sentido del hombre se incluya en el acervo del sentido común, del sentido de la comunidad, pues no olvidemos la mirada hermenéutica hacia el otro en proyecto de vida. Para una hermenéutica jurídica este sentido de lo común es fundamental porque el Derecho es experiencia convivencial. Y la hermenéutica jurídica aplicativa tampoco vive aislada de la justicia político-jurídica (distributiva). Debe jugar un común sentido entre el intérprete, entre el mundo al que pertenece el texto y entre los afectados por el texto. El sentido hermenéutico no es una dimensión individual sino convivencial (p. 286).

Según Dueñas (2006) el objeto de la hermenéutica jurídica es la interpretación judicial. La interpretación judicial es el proceso o actividad para descubrir o atribuir significado y así decidir el alcance, sentido, contenido e implicación de un texto legal, con el fin de que pueda ser aplicado a casos concretos y, sobre todo, para precisar qué circunstancias encuadran, son subsumibles o quedan excluidas de él. En ese contexto, los casos problema imponen una doble interpretación: tanto del texto del precepto como de las circunstancias, prácticas o conductas determinantes de la litis que han de ser reguladas, pero de acuerdo a parámetros o reglas propias de su naturaleza, esencia o sustancia (p. 18).

Grande (2011) continúa afirmando que en el proceso hermenéutico hay también un pre-sentido como precomprensión. Esta categoría de la precomprensión no puede limitarse a los prejuicios y las pasiones que nublan. En el pre-sentido como precomprensión hallamos a la expectativa de sentido, que marca camino, aunque el mismo pueda desorientar o tenga que ser abandonado. Pero también la expectativa de sentido determina, y ésta se ha alimentado y conformado de sentidos previos o incluso de sentidos innatos con los que la Hermenéutica opera y perfecciona. La Hermenéutica va a concederle estructura de comprensión experiencial a una expectativa de sentido, pero en cierto modo el sentido estaba latente como posibilidad humana. El sentido habita como potencialidad hermenéutica (p. 286).

La hermenéutica no es más que la actividad encaminada a la comprensión e interpretación de una realidad o de un problema jurídico, bajo la perspectiva de sacar a flote lo que en un primer análisis se hace esquivo al operador jurídico. Gadamer (1993) afirma no es más que, sencillamente, una determinada búsqueda de sentido, pero lejos de la dogmática, mediante un proceso de interpretación no basado en la autoridad del poder (o en la facultad que éste otorga) sino en la comprensión. (p. 170). Asimismo, para un autor como Gadamer, quien trabaja en la perspectiva que lo hará igualmente Müller, la hermenéutica jurídica busca la cabal comprensión de normas y textos jurídicos en su real alcance, llegando a completar el sentido del texto original en la búsqueda del juicio y del Derecho correcto. Para él no es más que “operar la concreción del derecho” (Ibid.).

Finalmente, Grande (2011, p. 286) sostiene que el alcance del sentido hermenéutico tiene que verse posibilitado (y también determinado) por una expectativa y potencialidad de sentido que habita en el ser. Sentidos (potenciales) innatos que la Hermenéutica desarrolla y colma son la belleza, la trascendencia y también la justicia. El proceso de la Hermenéutica jurídica se lanza hacia la búsqueda y convencimiento de un sentido de justicia; repensamos ahora la justicia jurídica aplicativa, justicia en que en el proceso hermenéutico jurídico lo aplicativo jurídico es el camino final del sentido de justicia. Pero en el comienzo del proceso, y antes del proceso, existía ya un sentido de justicia como potencialidad

pre-hermenéutica que ha sido abonado en procesos previos. No podría haber justicia jurídica aplicativa sino contáramos con una posibilidad de desarrollar un sentido de justicia, un sentido de justicia potencial innato.

### **2.2.1.3. El enfoque cualitativo como paradigma metodológico**

El paradigma metodológico que se empleó en la presente investigación fue el enfoque cualitativo, teniendo en cuenta las categorías planteadas y la interpretación correspondiente que se le ha de otorgar a cada una de ellas, para ello, se presenta teorías acerca de la investigación cualitativa, teniendo en cuenta que ella presenta el enfoque metodológico.

Villabella, (2009) afirma que la investigación cualitativa por su parte, es aquella que persigue un fin descriptivo y omnicompreensivo del fenómeno o proceso que estudia, por lo que su epicentro es la penetración y discernimiento del objeto que aborda; el entendimiento de sus causas; el destaque de los motivos subyacentes que lo provocan; el análisis y evaluación de las categorías que intervienen y la interpretación de las creencias, motivaciones e intenciones de los participantes (p. 16).

En términos de Ugalde y Balbastre (2013) los diseños de investigación actual giran en torno a dos grandes paradigmas, y no existen bases epistemológicas suficientes para establecer cual es mejor que el otro. Estos son: a) El modelo “racionalista” o cuantitativo y b) El modelo “naturalista” o cualitativo. Lo que sí apunta Zapparoli (2003) es

que se aplican según el contexto y que el método (las operaciones y actividades que se llevan a cabo sistemáticamente para conocer y actuar sobre la realidad) condiciona los procedimientos de estudio que se siguen en una investigación (p. 180).

La metodología cualitativa de investigación parte de fundamentos y premisas radicalmente distintas a las establecidas para los métodos cuantitativos. Tal como afirma Zapparoli (2003, p. 194) los positivistas adoptan como modelo de investigación el tomado de las ciencias naturales, buscan el conocimiento de las causas mediante métodos como cuestionarios, inventarios y estudios demográficos que le permiten el análisis estadístico. El fenomenólogo, por el contrario, busca la comprensión de los hechos mediante métodos cualitativos que le proporcionen un mayor nivel de comprensión de los motivos y creencias que están detrás de las acciones de las personas.

Asimismo, Chavarría (2011) afirma que el lenguaje científico se fundamenta en la demostración objetiva de la causalidad lineal, pero ya se ha demostrado que no existe una separación sujeto-objeto, ya que las condiciones de observación (escogidas por el investigador) siempre determinan lo observado.

Sistematizar resultados en entornos vivos, donde hay consecuencias de la indagación para las personas involucradas, es un proceso más difícil, largo e incierto que los de los estudios cuantitativos

donde no se requiere ese grado de sensibilidad que exigen los estudios sociales (Chavarría, 2011).

Los estudios cualitativos se prefieren por sus propiedades explicativas y su poder exploratorio. Estos ayudan a esclarecer los resultados obtenidos en investigaciones cuantitativas o a generar teorías (que más tarde se deben de confirmar con los métodos cuantitativos) en campos poco explorados (Ugalde y Balbastre, 2013, p. 182).

Los métodos cualitativos son paradigmas, aplicados comúnmente en las ciencias sociales, donde los fenómenos no se pueden comprender en toda su amplitud desde información cuantitativa. También Vélez (1999) sostiene, los ensayos basados en historias de vida se preguntan de qué manera y por qué la información suministrada por la historia biográfica de una persona puede generar conocimiento, a lo cual se responde con que la cultura se construye en la mente y las acciones de esas personas. Es decir, los enfoques cualitativos sirven para comprender la realidad social, porque dejan de lado las visiones unificadas que no se pueden aplicar al hecho social donde no hay leyes generalizadas, sino sentimientos, pensamientos e historias de los actores sociales que son captados a través de sus testimonios (Ibid.).

Asimismo, Boeije (2010) sostiene que los científicos en ciencias sociales aprueban el uso de metodologías cualitativas en estudios constructivistas porque dan participación al ser humano (objeto de disertación), en lugar de tratarlo como un sujeto pasivo, como se hace en

las investigaciones cuantitativas. Existe una necesidad de explorar los significados que las personas enlazan con la realidad social concreta. Es decir, que la realidad social medida y definida por los científicos sociales es un estímulo para las respuestas o acciones de los seres humanos, quienes a su vez son actores subjetivos que interpretan estos estímulos (Gill & Johnson, 2010). Los estudios cualitativos, sin embargo, no pueden aplicarse cuando se corre el riesgo de viciar resultados objetivistas al alterar las respuestas de los encuestados por involucrar personalmente al investigador (Ibid.).

También para Bryman (1988) la metodología cualitativa, en contraste con la cuantitativa, se caracteriza por un mayor contacto entre investigador y sujeto: el primero adopta una postura de persona conocida para el sujeto objeto de estudio. El investigador cualitativo necesita esa proximidad con la persona si quiere apreciar el fenómeno como un participante más en ese contexto.

Otro rasgo diferenciador de la metodología cualitativa es el papel que la teoría desempeña en el proceso de investigación. A menudo se rechaza la idea de utilizar la teoría y los conceptos existentes como precursores para la investigación, debido a que este hecho puede no contribuir a reflejar las verdaderas visiones o perspectivas que los sujetos a ser analizados tienen sobre lo que está sucediendo y lo que es importante en relación al fenómeno de estudio. De esta manera, la construcción o desarrollo de teoría y de conceptos son el resultado de la

investigación -y no las entradas del proceso, tal y como ocurre en la investigación cuantitativa- (Lee & Lings, 2008).

Finalmente, Bryman (1988) sostiene que la investigación cualitativa tiende a ser más abierta y flexible, permitiendo el seguimiento de nuevas líneas de investigación y la recogida de datos adicionales a medida que nuevas ideas van surgiendo durante el proceso investigativo. Así mismo, frecuentemente se aplica en un contexto específico cuya representatividad es desconocida y, probablemente, no se pueda conocer, lo que hace que la generalización de los hallazgos derivados de dicho estudio también sea desconocida.

### **2.2.2. Bases teóricas o jurídicas**

Los problemas jurídicos, que se plantean en una investigación se explican a través de las diferentes teorías jurídicas existentes, por cuanto, estas tienen como finalidad describir, explicar y predecir acontecimientos, desde esta posición, analizaremos y explicaremos cada una de las teóricas empleadas en la presente investigación, con la finalidad de justificar el problema planteado.

#### **2.2.2.1. La racionalización del derecho**

##### **2.2.2.1.1. Unos conceptos fundamentales**

Según Quezado (2019) señalando a Weber utiliza el concepto de racionalidad en una amplia variedad de contextos para referirse a

ciertos aspectos de la acción, decisión y visión del mundo. Su teoría de la racionalización de la modernidad está expuesta de forma detallada en *Economía y Sociedad*, obra póstuma en la que realiza un estudio profundo sobre la constitución de las sociedades capitalistas y sus transformaciones en los diversos ámbitos, especialmente el económico y el jurídico, observando los cambios que ocurrieron en la ciencia y, sobre todo, en el Estado de derecho, interpretando las diversas dimensiones de sentido que están en la base de las estructuras sociales. Aunque los estudiosos no se ponen de acuerdo acerca del sentido último de una obra que en realidad no fue concebida como tal por Weber, hay una mirada suficientemente aceptada que considera que el tema principal de toda esa compleja vida entrelazada de economía y sociedad es el problema de la racionalización occidental (p. 107).

Sobre el concepto de racionalización, Weber citando a McCarthy (1992) señala el concepto de racionalización, trataba de captar todo un complejo de tendencias relacionadas con el progreso técnico y científico y con sus efectos sobre la trama institucional de las sociedades tradicionales. Tales tendencias incluían la extensión de las áreas de la sociedad sujetas a los criterios de la decisión racional (tales como actividad económica, derecho civil y la autoridad burocrática), el progreso de la industrialización y las consecuencias de este progreso (tales como la urbanización de la

forma de vida), la burocratización de la administración y la expansión del control burocrático, la radical devaluación de la tradición y la progresiva secularización y desencantamiento del mundo. Pese a que sus sentimientos frente a este proceso fueron ambiguos, Weber lo consideraba sin duda alguna como irreversible: el hombre moderno estaba condenado a vivir como en un «estuche de servidumbre» (p. 38.).

Para una mejor comprensión, Quezado (2019) continúa sosteniendo que esta perspectiva olvida que también para Weber se podría hablar de la racionalización subjetiva de la vida, en la medida en que conduzca al ordenamiento de la conducción racional de la vida en tanto *ethos* que permite la coherencia en la construcción de la personalidad. Es verdad que esta racionalización subjetiva, inspirada en las figuras derivadas de la reforma, presenta connotaciones autorreferenciales, pero no ignora la dimensión comunitaria de esta ética, que acaba mostrando dimensiones sociales inevitables. McCarthy, en la perspectiva habermasiana, desea reducir la racionalización a las dimensiones objetivas, porque desea abordar el problema de los ámbitos subjetivos de la racionalización desde la estrategia de la acción comunicativa. Aquella racionalización objetiva, en la perspectiva teórica de Habermas, abre espacio para la libertad y la autonomía, permitiendo la actuación de la «acción comunicativa» en el entendimiento común sobre las

normas y valores universales, así como en la solución de los conflictos sociales en la medida en que mantiene activas las estructuras del mundo de la vida. Y aquí empieza toda una reflexión crítica por parte de Habermas al pensamiento weberiano, por entender que la teoría de Weber capta apenas el «saber racional con relación a los fines», además de utilizar un concepto complejo y al mismo tiempo restringido de racionalidad. En realidad, estas críticas son apresuradas y brotan del intento de volcar el rico arsenal teórico weberiano en otro esquema de pensamiento. En nuestra opinión, la relación entre racionalización objetiva y subjetiva es altamente compleja, no puede reconciliarse de forma automática, implica un sinfín de matices que van del trauma a la formación de tradiciones, y no puede llevarse a cabo mediante la doble evolución de la técnica y de la acción comunicativa. Un caso dado de esta reconciliación entre racionalización objetiva y subjetiva, en cierto modo, es la que se produce entre racionalización formal y material del derecho, el tema que finalmente llevó a Habermas a la cuestión de la relación entre facticidad y validez. Es altamente significativo que sin embargo en este libro no exista una discusión adecuada sobre la tesis de Weber (p. 108).

Para adquirir una posición más precisa acerca de la racionalización Quezado (2019, p. 109) nuevamente citando a Weber argumenta que la concepción de la sociedad construida por él

implica una separación de las diversas esferas que la constituyen - como lo económico, religioso, político, jurídico, social, cultural- cada una con una estructura y una lógica particular que rige ese ámbito de acción social. El agente individual es la unidad de análisis sociológico, la única entidad capaz de dar sentido a sus acciones, pero estas siempre son acciones sociales. Podemos decir que el sentido tiene un portador singular, pero solo se realiza en el contexto de la acción o la relación social. En el pensamiento weberiano, la modernización de la sociedad es entendida como un proceso «histórico y gradual de racionalización», que implica la diferenciación de esferas autónomas. Por tanto, la racionalización no se puede en modo alguno caracterizar como un proceso sustancial y unívoco. La racionalización propia de la modernidad constituye un conjunto de diversas racionalizaciones, la que va desde la ciencia a la estética, desde la religión a la vida moral, desde la economía a la política. Por supuesto que para él la racionalización ética brotaba de la gran corriente de vida religiosa que, desde el movimiento profético, atravesando el cristianismo, llevaba a la Reforma. Este esquema de pluralidad de las esferas de acción social servía de base para sus análisis más abstractos sobre la forma de la acción social. En relación con esta Weber (1993, p. 20) dice que puede ser:

1) Racional con arreglos a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de

otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos.

2) Racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor – ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete – propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor.

3) Afectiva, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales, y

4) Tradicional: determinada por una costumbre arraigada.

#### **2.2.2.1.2. La racionalización del derecho en la cultura occidental**

Según Munné (2004) en sus estudios sobre las distintas formas y direcciones que sigue la racionalización dentro y a través de distintas culturas, Weber se interesaba por el fenómeno histórico específico de la racionalidad y la racionalización occidentales. Como lo expresa en la “Introducción” a los textos sobre sociología de la religión, lo que trataba de primariamente conocer es “...la *peculiaridad* específica del racionalismo occidental, y dentro de él, del racionalismo occidental moderno, y de explicarlo en su génesis” (pp. 20-21). En la sociología jurídica, también Weber trata las distintas direcciones que puede seguir la racionalización con el

interés principal de dar cuenta de aquella alcanzada en occidente y particularmente en la modernidad (p. 106).

Munné (2004, p. 107) citando a Weber (1993) señala que construye teóricamente los estadios de desarrollo de la racionalidad jurídica, sin pretender con esto que se sucedan así en la realidad histórica según un grado de racionalidad creciente, ni se den todos, ni siquiera en occidente. Las etapas teóricas de desarrollo del derecho que propone Weber son: a) la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*, b) la creación y aplicación empírica del derecho por *notables* (creación cautelar de acuerdo con precedentes), c) el “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos, y d) el “derecho sistemáticamente estatuido” y la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal.

Munné (2004) continua sosteniendo que la racionalización del derecho hacia el despliegue de sus cualidades propiamente jurídicas se desarrolla “...partiendo de una combinación del formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello -primeramente, desde un punto de vista

puramente exterior- hacia una mayor sublimación lógica y creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico” (pp. 649 y ss.).

Señala Weber (2013) que el estadio del derecho de los juristas “profesionales” especializados sólo en occidente fue alcanzado en plenitud. La sociología jurídica de Weber tiene como un tema fundamental el explicar el desarrollo del derecho occidental hasta esa etapa de la racionalidad jurídica especializada. Freund (1978) encuentra aquí la aplicación de un método que Weber siguió respecto de otras áreas, por ejemplo, la economía capitalista, esto es, el análisis desde el punto de vista del dinamismo interno y desde el punto de vista de sus influencias externas (pp. 71 y ss.). En un pasaje que sólo se conoció con la edición en 1960 del texto definitivo de la *Rechtssoziologie*, Weber parece hacer explícitos estos criterios: “...un derecho puede ser racionalizado en diversas formas, y no necesariamente en la dirección que implica el despliegue de sus cualidades propiamente “jurídicas” (Ibid.). Según los criterios de Freund (1978) y otros autores optan por estos criterios de las condiciones internas y externas de la racionalización jurídica, pero la dirección en que estas cualidades formales se desenvuelven encuéntrase condicionada directamente por circunstancias que podríamos llamar “intrajurídicas”, a saber, la peculiaridad del círculo de personas que pueden influir *profesionalmente* en la formación del

derecho y sólo indirectamente por las condiciones económicas y racionales de índole general (Ibid.).

Para una mejor comprensión de lo señalado Munné (2004) sostiene que la racionalización interna del derecho occidental es obra de los juristas profesionales, tanto en el continente europeo con la recepción del derecho romano, como en Inglaterra donde las corporaciones de juristas resistieron esa recepción. Como lo resume Weber en la conferencia de “La política como vocación”, en occidente se logra emancipar el pensamiento jurídico racional del pensamiento teológico y racionalizar por entero el procedimiento, esto “...sólo se ha conseguido merced a la recepción por los juristas italianos de la antigua jurisprudencia romana, producto de una forma política totalmente única que nace como ciudad-estado para convertirse en Imperio mundial. Junto con esta recepción han coadyuvado también a ese fin, por supuesto, el “Usus modernus” de los canonistas y pandectistas de la Baja Edad Media y las teorías iusnaturalistas, nacidas del pensamiento cristiano y secularizadas después. Los grandes representantes de este racionalismo jurídico han sido el podestá italiano, los juristas del rey, en Francia, que crearon los medios formales de los que el poder real se valió para acabar con la dominación de los señores, los canonistas y teólogos jusnaturalistas del Conciliarismo, los juristas cortesanos y los ilustrados jueces de los príncipes continentales, los monarcómacos y

los teóricos del Derecho natural en Holanda, los juristas de la Corona y del Parlamento en Inglaterra, la *noblesse de robe* de los Parlamentos franceses y, por último, los abogados de la época de la Revolución (Ob. cit., p. 112 y ss., pp. 1064 y ss.).

### 2.2.2.1.3. La racionalización como dogmática del derecho

Suarez (2011) mencionando a Weber y Febbrajo señala que la racionalización del derecho se encuentran tres conceptos fundamentales: la generalización, la sistematización y la previsibilidad. Los dos primeros son procesos de racionalización específicos, el tercero es un producto derivado de aquellos. Según Munné (2006) “la generalización refiere al proceso de “reducción de las razones determinantes de la solución del caso particular a uno o varios “principios”, los “preceptos jurídicos” (p. 74). Es decir, se entiende como un proceso inferencial de mayor abstracción en el cual se trata de establecer conceptos generales cuya amplitud pueda englobar un variado número de casos particulares Suarez (2011, p. 247). A ello se alude, por ejemplo, cuando se trata de establecer ciertos principios sistémicos del ordenamiento o en el caso de la *analogía iuris* (Ver Sentencia de la Corte Constitucional C 083 de 1995).

Munnè (2006), continúa sosteniendo que la sistematización refiere al proceso según el cual, con base en referentes de coherencia y armonía, se establecen relaciones de preceptos jurídicos con el fin

de ordenarlos en un instituto racionalizado (pp. 76-77). Se sistematiza el derecho, pues, cuando trata de eliminarse de él, las ambigüedades, indeterminaciones, lagunas, incoherencias, contradicciones y redundancias (Ibid.).

Según Melero (2002) esta forma de racionalización del derecho es análoga a la finalidad de la dogmática jurídica. La tarea de la investigación jurídica se ha denotado de diversas formas. Se ha entendido como: “describir las normas jurídico-positivas” (p. 37), establecer el sentido de las normas (Larenz), o en explicarlas (Ibidem); o en deducir y ordenar sistemática y conceptualmente las formulaciones jurídicas (Kelsen, 1995, p. 59) o desde la función cognitivista y no cognitivista (Alchourrón & Bulygin, 1974, p. 6), desde el *in-put* (Atienza, 1980, p. 64), desde el nivel empírico, analítico y normativo (Alexy, 2002, pp. 30-34); no obstante, lo anterior, puede resumirse a grandes trazos en que la finalidad de la dogmática consiste en: identificar, reformular y sistematizar el derecho positivo. Lo cual, resulta ser una amalgama de actividades afines con el proceso de racionalización del derecho; por tanto, podría decirse que la finalidad de la dogmática jurídica (Petev, 1996, p. 59) es la racionalización del derecho.

Según, Munné (2006) el proceso de racionalización del derecho conlleva a dotar de estabilidad las disposiciones jurídicas (Ibid.). Lo cual se traduce en la previsibilidad de las decisiones

judiciales. La previsibilidad, por su parte, no refiere a una racionalización del derecho desde adentro, sino más bien respecto de su aplicación (lo cual no indica que se encuentre la previsibilidad separada de la generalización y la sistematización). Entre más racionalizado esté el derecho más previsible es la toma de decisiones judiciales. Un derecho horadado de incoherencias y contradicciones restaría previsibilidad a las decisiones del juez. Así pues, este proceso según Weber (1964) “se hace visible tomando en cuenta las relaciones de los individuos con el sistema y con los demás individuos, pudiéndose hablar entonces de una perspectiva intersubjetiva” (pp. 509 y ss.).

#### **2.2.2.2. La racionalidad de las decisiones judiciales**

##### **2.2.2.2.1. Acercamiento al estadio contemporáneo de la racionalidad**

Según Rodríguez y Díaz (2011) mencionando a Bourdieu y Teubner (2005, p. 15), “los abogados y los jueces pocas veces se preguntan por la racionalidad de su actividad y cuando lo hacen es para afirmar de dónde procede y para qué sirve”.

La racionalidad ha sido a lo largo de la historia del derecho, un tema que ha causado alergia a la mayoría de juristas en el mundo, dando como resultado la negación al estudio de la racionalidad del derecho y dejando la discusión solo para los sociólogos y filósofos (p. 167).

No obstante, esta última disciplina, a través de la filosofía del derecho de algunos teóricos como Bernal Pulido, Habermas, Atienza, Alexy, entre otros, han abordado el tema de la racionalidad, para manifestar que no es posible comprender la racionalidad como un ente desvinculado de la ejercitación de la razón, en la cual, “la razón y la racionalidad se consideran como: 1) La capacidad de conocer o concebir lo universal, y 2) La exigencia de conocer el porqué de las cosas, exigencia que lleva al sujeto a argumentar deductivamente, es decir, a establecer relaciones de consecuencia lógica entre enunciados” (Agazzi, 2009, p. 62).

Rodríguez y Díaz (2011), continúan sosteniendo que la racionalidad comprende tres grandes tipos de racionalidad: 1) Una racionalidad pura o de conocimiento teórico; 2) Una racionalidad práctica o empírica, y 3) Una racionalidad técnica. El derecho centra su actuar en las tres, pero en particular en la racionalidad práctica, la cual desarrolla la razonabilidad, que “consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no, conforme a la justicia, lo cual tiene razón suficiente” (Londoño, 2009, p. 76). Así mismo, “la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones

judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas” (Bernal, 2007, p. 60).

De esta forma, ¿qué es la racionalidad? El concepto de racionalidad expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Según Gascón (1999), -entiende- la racionalidad no como el mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, por lo que *a contrario sensu* se refería a la necesidad de rechazo de la incoherencia, la irracionalidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico (p. 168).

Asimismo, Bernal (2005, pp. 63-64) precisa que la racionalidad comprende seis criterios: 1) El criterio de claridad y consistencia conceptual; 2) El criterio de consistencia normativa; 3) El criterio de situación; 4) El criterio respecto a la lógica deductiva; 5) El criterio respecto de las cargas de la argumentación, y 6) El criterio de consistencia argumentativa y coherencia.

Asimismo, para Rodríguez y Díaz (2011, p. 168) no obstante, no es suficiente lo planteado para ser riguroso en el estudio de la categoría de la racionalidad vinculada a las decisiones judiciales. Se necesita un plus que parta desde una perspectiva metajurídica que deconstruya esta categoría científica en otras fronteras epistemológicas, como la filosofía y la sociología.

#### **2.2.2.2. De la racionalidad a la razonabilidad. Una necesaria distinción**

Según, Rodríguez y Díaz (2011) en relación con el tema de la racionalidad, otros estudiosos del derecho como Atienza y Hare, al cual me adhiero postulan sus disertaciones sobre ello, pero suministrándole un matiz distinto, asumiendo una postura escéptica, en cuanto se niegan a afirmar que existen respuestas jurídicas correctas en su totalidad, argumentando que hay límites a la racionalidad jurídica y solo es posible hallar un grado mínimo de certeza. En otros términos, podría decirse que infortunadamente los fallos de los jueces no están exentos del dogmatismo moralista, convirtiéndose este, en algunas ocasiones en un elemento distractor al momento de interpretar, racionalizar y argumentar sus decisiones judiciales, las cuales se consideran que no pueden ser correctas, según los mencionados autores, porque están sujetas a categorías como los preceptos religiosos, políticos, económicos, culturales y morales - inhiben a actuar-. En efecto, estas decisiones no son imparciales y objetivas, pues están enmarcadas bajo disposiciones jurídicas susceptibles de ser manipuladas por factores exógenos o endógenos (p. 172).

En torno a este planteamiento, surge una serie de discusiones porque al decir que algunos hechos jurídicos no tienen respuesta correcta o para hallarla se requeriría traspasar los límites del derecho,

implica aceptar la teoría moral e ideal de filósofos como Kant y con ello la idea de juzgar como buenas o malas las acciones del hombre (Ibid.).

En términos de Alexy (1993), refiere en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta (p. 45). En este planteamiento Alexy (1993) propone la posibilidad de elegir entre varias opciones la más correcta, porque la factibilidad de encontrar una sola que sea cierta requiere de un análisis objetivo.

Rodríguez y Díaz (2011, p. 172), sostienen que otro aspecto sobresaliente en la función del juez es el principio de imparcialidad “garantía básica del Estado de Derecho, que se encuentra reconocido en numerosos instrumentos de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos humanos” (2002, p. 52). El juez debe actuar de forma justa, tomando un distanciamiento crítico respecto al caso tratado, sus intervinientes y sujetos procesales. Es por ello que, según Bovino (2002), la imparcialidad se define como “ausencia de prejuicios o parcialidades, y su existencia debe ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente. Mientras el aspecto subjetivo implica la averiguación sobre la convicción personal de un juez parcial en un caso, el aspecto objetivo se vincula con el hecho de que el juez ofrezca las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable. En este

aspecto objetivo, todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (p. 55). Es decir, los juicios de juez durante el proceso que esté a su cargo, deben ser racionales, carentes de apreciaciones valorativas que puedan perjudicar el curso normal del proceso.

Para Ibáñez (2006) “El proceso decisional es de carácter heurístico, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión” (p. 35). La decisión no debe ser arbitraria, implica remontarse a las premisas, analizar las reglas de juicio, y emitir un razonamiento lógico. En efecto, es fundamental que el juez motive su decisión sobre los hechos, justifique el ¿por qué? Y que la misma sea inteligible, clara, certera, justa, prudente y específica en cuanto señale un caso particular. Así mismo, Taruffo citado por Parra (2004) alude que, así como el abogado busca incesantemente demostrar la culpabilidad o inocencia de su cliente, el juez también motiva su decisión en la sentencia con el fin de persuadir.

En términos de Parra (2004), para formar una decisión judicial se necesitan dos fases: 1. El descubrimiento; 2. La justificación. La primera de ellas, corresponde a la indagación, investigación, selección; y la segunda a explicar su decisión, después de haber efectuado la interpretación, racionalización y argumentación. Para

Wroblewski citado por Parra (2006, p. 37) refiere que hay “dos planos dentro del área de la justificación: 1. Interno: debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión; 2. Externa: que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas”. Es decir, debe existir una conexión lógica entre cada una de las etapas previas a la postulación de la decisión judicial, para que esta sea el producto de un ejercicio racional (Rodríguez y Díaz, 2011, p. 173),

De otra parte, desde la interpretación de Rawls (1993) lo racional dista de la razonabilidad en cuanto esta última opera en el sujeto como un ser capaz de deliberar y perseguir unos fines y lo racional comprende la selección de los medios y la praxis de estos para la obtención de un propósito (p. 50). Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 544 del año 2004 estableció que el criterio de razonabilidad de la interpretación es el resultado de una correcta fundamentación jurídica, donde la Constitución y las fuentes formales deben estar en concordancia (Ibid.).

En suma, la razonabilidad implica un análisis de las justificaciones del ordenamiento jurídico, de los medios y fines del derecho; y, por lo tanto, representa una garantía constitucional que está en conexidad con otros principios como el de proporcionalidad y economía procesal, los cuales deben ser ponderados por el juez al

momento de impartir sus decisiones y promover la legitimación de ese control (Ibid.).

Así también Bustamante (2010) señala la razonabilidad es comprendida también como principio, de ahí que la “debida motivación de la sentencia para evitar la arbitrariedad y permitirles a las partes hacer un uso adecuado de los recursos contra la sentencia y se puedan plantear al superior jerárquico las razones [...] que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión final” (p. 112).

#### **2.2.2.2.3. La decisión judicial**

En términos de Taruffo (2004) señala la decisión judicial es legal, justa y racionalmente correcta si está fundamentada en hechos verdaderos, pero es menester aclarar que no hay verdades absolutas, porque estas son relativas y están sujetas a factores culturales, sociales, políticos, económicos y jurídicos, agrupados en dos grandes razones: “1. La existencia de límites a los instrumentos cognoscitivos que puedan ser empleados para determinar la verdad, por ejemplo: límites temporales, humanos y jurídicos. 2. Se presenta una relatividad respecto del contexto, entendiendo este, no solo los medios cognoscitivos disponibles, sino también, el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, de los marcos de referencia, mediante los que se construyan versiones de hechos; la influencia del aspecto cultural en la administración de

justicia” (p. 225). Es decir, cada una de ellas corresponde a una explicación que se ciñe a elementos endógenos y exógenos que se convierten en condicionantes para que pueda efectuarse una verdadera aproximación a una decisión judicial racional (Rodríguez y Díaz, 2011, p. 174).

Asimismo, Rojas (2006) señala que otro aporte significativo es la tesis de Dworkin, el cual afirma que la decisión judicial es el objetivo fundamental de la actividad judicial, la determinación de los derechos subjetivos de las partes de un proceso, tomando como punto de referencia los argumentos más destacados (2006, p. 44). No obstante, aunque el juez en su decisión procure aferrarse al sistema complejo de fuentes del derecho, siempre estarán presentes en él pre-conceptos, pre-juicios, emociones e instintos que lo llevarán a fallar subjetivamente como lo afirma Kaufmann (2007) en su obra *La filosofía del derecho en la posmodernidad*.

A efectos de comprender el tema abordado Rodríguez y Díaz (2011), señala que el juez al fallar debe tener presente las reglas instauradas con anterioridad por el legislador y tomarlas como alternativas viables para resolver el conflicto, al igual que los principios como el modelo constitutivo de justicia, opción esta determinante al momento de proferir su sentencia y aplicables a cada sujeto en particular. Por ejemplo, para Dworkin existen unos principios relevantes que son: el de la integridad e igualdad, el primero

de estos conlleva a una interpretación coherente del derecho por parte del juez, que no es más que observar y analizar la sociedad y sus valores con el objetivo de construir una decisión judicial correcta, y el segundo a ponderar, fundamentar su elección y aplicarla sin violar los derechos de ningún ser humano, sujeto procesal e interviniente. O sea, aquí se presenta una discusión moral que tiene como trasfondo equilibrar los intereses con el objetivo de llegar a un momento reflexivo que procure llevar al juez a una decisión judicial racional y en efecto correcta (Rodríguez y Díaz, 2011, pp. 174-175).

Al igual que Dworkin, Atienza argumenta que existen casos fáciles y difíciles, en los primeros la justificación proviene de una deducción lógica, donde no hay lugar a varias interpretaciones, controversias, confusiones; en los segundos hay conflicto entre los razonamientos y juicios valorativos, existencia de varias reglas válidas o el análisis equívoco de la norma y su aplicabilidad (Ibid.).

Según Atienza (2006, p. 177) citando a MacCormick señala que “la justificación judicial de tipo deductivo es suficiente en los casos fáciles (tiene como límites los casos difíciles), pero siempre y cuando se acepten dos presupuestos: uno de carácter político (la obligación de los jueces de utilizar como premisas las normas del derecho válido, la lógica por sí misma no da razones para aceptar las premisas) y otro de carácter teórico (se cuenta con el criterio de regla de reconocimiento) para identificar cuáles son esas normas” (Ibid.).

Taruffo (2006) señala que existe otro elemento importante para construir una decisión judicial racional: la congruencia que “es la relación que debe mediar entre los fundamentos de la decisión y los criterios que definen las condiciones de su posible inserción; se piensa en el ámbito de la teoría de la interpretación, y se reconoce en la condición de que la decisión resulte de la aplicación de una norma al caso concreto” (pp. 189-191). Debe preservarse una relación lógica y coherente entre la selección de la norma y su aplicabilidad al caso analizado, interconexión entre el ordenamiento jurídico y la parte fáctica (Ibid.).

Siguiendo el discurso de Habermas (1998) en su libro *Facticidad y validez*, asevera que una decisión judicial debe caracterizarse por su fundamentación racional, brindar seguridad jurídica, soporte al ordenamiento jurídico y la pretensión de legitimidad. Es por esto, que, aunque los usos y costumbres influyan sobre la racionalidad de una decisión en cuanto forman parte de la estructura jurídica y de los estándares previos e históricos, al igual que las reglas de la experiencia, no dejan de ser elementos contingentes e hipotéticos, aplicables a hechos como objetos de prueba conducentes a la valoración de un caso concreto (Ibid.).

Asimismo, Ibáñez (1994) sostiene que la decisión judicial del juez debe “constar de los actos de prueba producto de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Se trata de

expresar los antecedentes probatorios, de dar cuenta del proceso de elaboración de los datos de ese carácter, de modo que el lector de la sentencia pueda entender por qué se afirman ciertos hechos como probados” (p. 261). Los criterios de valoración del juez, conllevan a apreciar en conjunto los medios probatorios, elementos materiales probatorios y la evidencia física, de tal manera que no excluya ningún aspecto importante por simple que parezca, porque precisamente el objetivo del derecho es escudriñar aquello que no es perceptible a simple vista, para establecer una relación directa; el cual conduce a un serio ejercicio intelectual y a una acertada interpretación, dada en la valoración y originaria de la decisión judicial (Ibid.).

Volviendo al procesalista Taruffo (2005), este postula tres condiciones necesarias para que la decisión judicial sea justa: “1. La existencia de un procedimiento que respete todas las garantías procesales, esto es, un procedimiento correcto, equilibrado, por un juez independiente, imparcial y que respete los derechos de las partes a ser oídas. 2. La fijación precisa, veraz y completa de los hechos objeto de decisión, ya que no puede haber una decisión judicial justa, si no está basada en una determinación verdadera de los hechos. 3. La identificación adecuada y precisa de la norma legal relevante, al igual que su correcta interpretación y aplicación al caso concreto” (p. 102).

Además, Taruffo (2006) sostiene que para que exista una idónea y congruente motivación de la decisión judicial es necesario acudir a

tres criterios o valores “1. La corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso. 2. Comprobación confiable de los hechos importantes del caso. 3. Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión” (p. 203). En suma, para hablar de una decisión justa y racional se requiere que la elección de la norma, la interpretación y argumentación de esta sea correcta, válida, legal y legítima, eficaz, sustentada en hechos demostrables y que el juez posea un conocimiento adecuado de los mismos, que le permitan llegar a un convencimiento más allá de toda duda razonable de su veredicto. No obstante, para ello el juez debe ponderar los principios constitucionales y fundamentar su fallo en criterios cognoscibles que protejan los derechos fundamentales de los sujetos procesales (Rodríguez y Díaz, 2011, p. 176).

### **2.2.2.3. El Estado constitucional**

Para Ramírez (2014), el Estado constitucional es un nuevo modelo de organización jurídico-política, que desplaza al Estado legalista decimonónico caracterizado éste por la supremacía normativa de la ley como fuente primordial y donde su aplicación por parte de los jueces para dar solución a los conflictos de intereses era realizado de manera mecánica, muchas veces con amplios márgenes de arbitrariedad, poniendo en riesgo el ejercicio pleno de la libertad personal y los otros derechos fundamentales reconocidos al ser humano; además la preponderancia de la ley significó en el contexto

histórico la supremacía de uno de los poderes clásicos –poder legislativo- que logró tener una marcada “soberanía suprema” respecto de los otros dos (judicial y ejecutivo). Sin embargo, el pensamiento y la doctrina en materia constitucional lograron replantear el problema de “la supremacía de la ley”, evidenciando que ésta última formaba parte de otra norma de mayor alcance, es decir, la constitución. Es así que la doctrina constitucional entiende el rol fundamental que cumple la constitución en la vida social, económica, política y jurídica de un determinado Estado. El Estado constitucional como nuevo paradigma democrático, contribuye a limitar el ejercicio del poder del gobierno, busca involucrarse en la vida social de los seres humanos y garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales, que constituye *prima facie* el soporte material de la constitución (pp. 1-2).

Asimismo, Ferrer, Martínez y Figueroa (2014), sostienen con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un

programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley (pp. 643-644).

#### **2.2.2.3.1. Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico**

Cuocolo (1996) precisa que el derecho constitucional, disciplina del derecho público que estudia el ordenamiento constitucional del Estado, “es asumida en doctrina como *técnica de organización del poder* como autoridad, pero también es considerada como *técnica organizativa de la libertad* de los individuos y de las formaciones sociales que en el Estado participan” (pp. 5 y ss.).

Asimismo, Zagrebelsky (2005) señala que la premisa fundamental del derecho constitucional es el límite del poder político a través del derecho. Debido a ello el siglo XIX europeo es el período histórico en el que se forja la concepción liberal del Estado de derecho o *Rechtsstaat* (pp. 21 y ss.) (siguiendo la terminología alemana), “caracterizado por la primacía de la ley, verbigracia en el control de

los actos normativos de la Administración y el sometimiento de los jueces a su fidedigna aplicación” (Ramírez, 2014, p. 2).

Zagrebelsky (2005) continua con su postura y señala que “La preponderancia del principio de legalidad constituyó la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible” (Ob. cit. p. 24), “en la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho o “Estado bajo el régimen de derecho” se distingue del *Machstaat* o “Estado bajo el régimen de fuerza “, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizzistaat* o “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII” (pp. 21 y ss.) Así como también la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime* (Ibid.). Sin embargo en la coyuntura coetánea, donde el análisis de la Constitución como norma de mayor jerarquía, permite que el *Estado legislativo* sea desplazado por un nueva organización jurídico-política-Estado constitucional- que en términos del profesor Häberle (2003) se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica –cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales (pp. 3 y ss.).

#### **2.2.2.3.2. La constitucionalización del Estado de derecho como el nuevo paradigma jurídico**

Ramírez (2014) citando al constitucionalista italiano Cuocolo (1996) considera que “en la evolución histórica europea se han desarrollado diversas formas de estado entre ellas: el estado patrimonial, el estado absoluto, el estado moderno, el estado social contemporáneo, las monarquías y repúblicas, los estados unitarios y estados compuestos (o federales)” (pp. 59 y ss.). En cuanto al primero de ellos, la organización del poder es de naturaleza privatista y la existencia de situaciones publicistas es embrionaria y limitada, en el caso del estado absoluto se supera la concepción privatista del poder asumiéndose que todo el poder le correspondía al *soberano* considerando la definición clásica de soberanía de Bodin como “*puissance absolue et perpétuelle*” (“Poder absoluto y perpetuo” (Ob. cit. p. 62), sin embargo, esta concepción se modifica en el curso del siglo XVIII a cargo de un movimiento de ideas contrarias al absolutismo que provienen de una nueva clase social -la burguesía- que no sólo reivindica la libertad política como sostén de la libertad económica, sino que participa en el poder político (p. 2).

Nuevamente Ramírez (2014) citando a Cuocolo, sostiene que dentro de la fase del absolutismo se identifica el *Stato di polizia* (considerando la terminología italiana) que se resume en el aforismo “*tout pour le peuple, rien par le peuple*” (“Todo por el pueblo, nada para el pueblo” (Ob. cit. p. 64), donde los fines que se buscan alcanzar y los modos para su actuación son puestas a la determinación

exclusiva del soberano. En cuanto al *Estado Moderno*, Cuocolo le asigna cuatro características: la constitucionalidad, entendida en sentido sustancial y no meramente formal; la juridicidad, es decir, que el Estado Moderno se afirma como *Stato di diritto*, es decir el Estado se somete al derecho, reconociéndose a los ciudadanos las libertades civiles y derechos públicos subjetivos (Cuocolo, Ob. cit. p. 66); la representatividad (Ibid.), donde un Estado representativo expresa la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado; el carácter democrático plasmado en el derecho de la mayoría de elegir y hacer prevalecer la propia elección o mejor dicho el derecho de gobernar (pp. 67-68).

En cuanto al Estado social contemporáneo, ésta surge por la creciente conciencia de las insuficiencias del Estado moderno y de la constatación de los límites de libertades formales y de la democracia, entendida como elección pura de método, en este sentido, el Estado social afirma su naturaleza solidaria e intervencionista que se contrapone al Estado liberal del siglo XIX, proponiendo una acepción profundamente distinta de la libertad y de la democracia (Ramírez, 2014, p. 4).

En relación a la distinción de monarquías y repúblicas es aceptable el criterio que distingue las dos formas de estado en base al título del cual el jefe de Estado asume el poder que deriva inmediatamente de la Constitución en la monarquía, en cambio en la

*reppublica* es sometido a la elección o a la decisión de un órgano encargado (Cuocolo, Ob. cit. p. 74). Por otro lado, un Estado unitario se distingue de un Estado compuesto o federal en la medida en que el primero hace referencia a un ordenamiento jurídico soberano, mientras que en el segundo lo conforman varios ordenamientos jurídicos soberanos del cual surge un nuevo ordenamiento jurídico soberano (el Estado central o federal) (Cuocolo. Ob. cit. p. 75).

En la época moderna cuando se somete a la ley a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, se produce una *profunda transformación* (Zagrebelsky. Ob. cit. p. 34) en la concepción del derecho, en tanto que la constitución adquiere relevancia asumida ésta como la instancia más alta encargada de unificar sociedades enteras divididas y concurrentes (p. 40). El Estado constitucional constituye expresión de Estado moderno europeo, en la que convergen distintos elementos entre ellos, el pluralismo democrático (Pizzorusso, 2003, p. 65 y ss.), el papel protagonista de la jurisdicción, indispensable para el equilibrio del conjunto y la ley como expresión de unidad (Fioravanti. Ob. cit. pp. 28-29).

### 2.3. Definición de términos

- **Racionalización del derecho**

Según Munné (2006), en la racionalización del derecho se encuentran tres conceptos fundamentales: la generalización, la sistematización y la

previsibilidad. Los dos primeros son procesos de racionalización específicos, el tercero es un producto derivado de aquellos. La generalización refiere al proceso de “reducción de las razones determinantes de la solución del caso particular a uno o varios “principios”, los “preceptos jurídicos”.

- **La racionalidad**

Para Bernal (2007) la racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas.

- **Decisión judicial**

Otro aporte significativo es la tesis de Dworkin, el cual afirma que “la decisión judicial es el objetivo fundamental de la actividad judicial, la determinación de los derechos subjetivos de las partes de un proceso, tomando como punto de referencia los argumentos más destacados” (Rojas, 2006, p. 44).

- **Racionalidad de la decisión judicial**

“Para hablar de una decisión justa y racional se requiere que la elección de la norma, la interpretación y argumentación de esta sea correcta, válida, legal y legítima, eficaz, sustentada en hechos demostrables y que el juez posea un conocimiento adecuado de los mismos, que le permitan llegar a un convencimiento más allá de toda duda razonable de su veredicto. No obstante, para ello el juez debe ponderar los principios constitucionales y

fundamentar su fallo en criterios cognoscibles que protejan los derechos fundamentales de los sujetos procesales” (Rodríguez y Díaz, 2011, p. 176).

- **Estado constitucional**

Añón (2002) siguiendo lo esbozado por Gascón y Prieto señalan y explican que como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o “supralegalidad”. Este rasgo del constitucionalismo ha sido denominado también como “rematerialización” constitucional, queriendo subrayar que en este modelo la constitución no sólo establece el modo de producción del Derecho, sino también predispone contenidos a la regulación jurídica. Sin embargo, no es posible desde un plano ontológico y conceptual definir gramaticalmente qué es el Estado constitucional; a pesar de ello, es necesario conocer algunas aproximaciones a la idea de Estado Constitucional.

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación

##### 3.1.1. Tipo de investigación

La presente investigación corresponde al *tipo teórico-dogmático*, por cuanto se ha utilizado “la recolección y análisis de datos en el proceso de interpretación en base a la literatura existente” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 40).

De acuerdo a la finalidad de la investigación corresponde a una “investigación teórico-dogmático y normativa” (Quiroz, 2007, p. 54), que jurídicamente por el objeto de investigación se denomina así. Asimismo, es una investigación de *nivel explicativo*, por cuanto planteamos las razones de nuestra posición sobre la racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano (Robles, Robles, Sánchez y Flores, 2012).

Sin embargo, se debe de recurrir a la tipología efectuada por los académicos de la investigación jurídica. En ese sentido, corresponde a una *investigación dogmática jurídica*, debido a que se estudió la estructura del derecho, el derecho en abstracto (Robles, 2014).

##### 3.1.2 Tipo de diseño

El diseño empleado en la investigación correspondió a la *No Experimental u observacional* puesto que “(...) no se generó ninguna

situación, sino que se observaron situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quien la realiza” (Hernández y otros, 2014, p. 152), careciendo de manipulación la categoría independiente; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico de la racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el estado constitucional peruano, a partir de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad.

### **3.1.3. Diseño General**

Se empleó el diseño “Transeccional o Transversal” Sampieri (2018), cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único del hecho jurídico objeto de estudio. Su propósito es describir las categorías de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, la interrelación de las categorías, como señala Sampieri “es como tomar una fotografía de algo que sucede” (p. 151).

### **3.1.4. Diseño específico**

Se empleó el diseño “Explicativo” Sampieri (2018), por cuanto, estuvo dirigido a responder causas y consecuencias de un fenómeno jurídico, dando a conocer por qué ocurre dicho fenómeno, proceso o hecho, en qué condiciones se da este o porque dos o más categorías están relacionados, además, proporciona un sentido de entendimiento del

fenómeno estudiado (pp. 155-156), en términos precisos, estudiará los factores que generarán situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto, es decir, explicará el fenómeno jurídico sobre el análisis de la racionalización del derecho como un componente necesario para la racionalidad de la toma de decisiones judiciales.

### **3.2. Unidad de análisis y plan de muestreo**

Según Solís (2008) el objeto de estudio del derecho positivo lo constituyen sobre todo las fuentes formales o el universo normativo. En ese sentido, la unidad de análisis en la investigación estuvo conformado por fuentes documentales tales como normatividad, doctrina y jurisprudencia, cuya unidad de análisis estuvo fue en base a las dos categorías planteadas e incluso se ha tomado como referencia la doctrina internacional.

Finalmente, el contexto en la que se ha desarrollado la investigación fue en la ciudad de Huaraz, durante los años 2020 - 2022; sin embargo, se actualizó la investigación hasta la fecha de su defensa frente al jurado evaluador.

### **3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de la información**

Según Vilcapoma (2013), Torres (1999), Zelayaran (2000) y otros autores más plantean las siguientes técnicas e instrumentos:

Técnicas	Instrumentos	
<b>Bibliográfica</b>	✓ Fichas	✓ Registro
		✓ Textual
		✓ Resumen
		✓ Comentario
		✓ Mixta
<b>Análisis documental</b>	Análisis de documento	

### 3.4. Plan de procesamiento e interpretación de la información

Según Briones (1986) para el procesamiento y análisis de los datos teóricos e información se empleó la técnica del “análisis cualitativo” (p. 43). Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- ✓ Para la recopilación bibliográfica se indagó, procesó y fichó la bibliografía existente entre libros, revistas, manual y publicaciones, así como la adquisición de los mismos por el investigador. También se revisó páginas web por internet material que se registró en las respectivas fichas.
- ✓ Se procedió a estudiar la normatividad de acuerdo a los métodos, exegético, hermenéutico y sistemático.
- ✓ Los resultados y la discusión fueron redactados y analizados de acuerdo a los parámetros fijados por la teoría de la argumentación jurídica, cuyas

funciones según Atienza (2006) son: “a) suministrar criterios para la producción del derecho; b) suministrar criterios para la aplicación del derecho; y c) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico” (p. 29).

- ✓ Referente a la validación de hipótesis, señalamos lo desarrollado por Ramos (2007) “Las hipótesis no son verdaderas o falsas, sino están bien o mal formuladas. La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. En realidad, no podemos probar que una hipótesis que es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio” (p. 144).
- ✓ Finalmente, para Robles (2014) “los datos que se obtuvieron con los instrumentos antes indicados sirvieron para validar la hipótesis” (p. 58) en base a “la teoría de la argumentación jurídica” (Atienza, 2006)

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultado a nivel doctrinal

#### 4.1.1. La racionalización jurídica

Como se ha desarrollado en el marco teórico, la racionalidad de la toma de decisiones judiciales encuentra su fundamento en la racionalización del derecho misma que se aplica en el Estado constitucional peruano, a través de sus diferentes organismos autónomos. Por ello, nos adherimos a lo planteado por diversos juristas, por cuanto, coincidimos en nuestras posturas, entre ellas tenemos:

Según Quezado (2019) sostiene que el pensamiento de Weber, reconocido como crítico de la sociedad racionalizada, burocratizada y desencantada, estuvo centrado básicamente en el análisis de los problemas económicos y políticos, la sociología de la religión y la sociología del derecho, pero en la obra monumental *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economía y Sociedad), tras una exposición de su posición metodológica, Weber se dedica a analizar los elementos del orden normativo de la sociedad, demostrando la absoluta relevancia y la preocupación que ha tenido con los problemas jurídicos. Sin duda alguna, sus aportaciones son decisivas para comprender mejor el mundo en que vivimos y la problemática que aquí planteamos (p. 116).

Quezado (2019), continúa sosteniendo que el derecho ocupa un lugar destacado en la teoría de la racionalización weberiana, tanto que dedica un capítulo entero de la «Sociología del derecho». La sociología jurídica

weberiana tiene como idea central el fenómeno de la racionalización y busca comprender el papel de la política, de la economía y de la religión en la evolución histórica del derecho, encontrando así un sentido a todo ese proceso histórico y entendiendo el comportamiento fáctico relevante de los individuos con relación a las normas vigentes; el sentido y la relación entre las conductas humanas y el orden jurídico; su validez y eficacia social, etc. La racionalización es para Weber (2012) un “tipo ideal”, en la medida que sirve como un instrumento conceptual que permite realizar una construcción intelectual unificada con el propósito de estudiar los elementos característicos en una serie de fenómenos sociales, como por ejemplo el proceso de ordenación de la vida social de masas y su relación con el “espíritu del capitalismo” (p. 135), el proceso sistematizador del derecho, etc. Weber busca comprender el movimiento de racionalización jurídica, observando si constituye un progreso del orden jurídico o más bien un perfeccionamiento de la técnica jurídica, una mera mejora lógica de la norma o una mejora en su capacidad de vincular los sujetos a los órdenes jurídicos. Es importante recordar que el “tipo ideal” solo existe como utopía y no es ni pretende ser un reflejo de la compleja realidad, y mucho menos un modelo de lo que debería ser. Un concepto ideal-típico es un modelo simplificado de lo real, preparado sobre la base de los rasgos que se consideran esenciales para la determinación de la causalidad, de acuerdo con los criterios con los que se quiere explicar un fenómeno (p. 119).

Asimismo, Weber (2012) en su análisis sobre la modernidad, parte de la idea de que la «racionalización» conlleva lo que él denomina

“desencantamiento del mundo”, exactamente por el efecto de despersonalizar las relaciones sociales, de limitar la libertad humana, de cambiar la autonomía en “jaula de hierro” (Wirtschaft und Gesellschaft, 1993, p. 119) y de mecanizar la vida humana. En esta perspectiva, Weber, al enfrentarse a la cuestión de la racionalización jurídica en el Estado moderno, se da cuenta de la crisis del Estado liberal de derecho precisamente por estar orientado por una «racionalidad técnica instrumental», que lo ha aislado paulatinamente de los mismos valores sobre los que se elevaba (p. 120).

En la perspectiva de la “sociología comprensiva” (Se trata de una ciencia que trata de comprender de forma interpretativa la acción social de los individuos) de Weber (2012), el derecho es una forma típica de orden legítimo caracterizado por la existencia de un “aparato de coerción”, una institución creada con el fin de hacer respetar el orden legítimo y castigar cualquier infracción. Sin embargo, para que no sea solo fuerza, el orden tiene que ser legítimo, esto es, visto como válido. De este modo, Weber diferencia entre el derecho formal (sistematizado en las normas) como siendo «el conjunto del sistema del derecho puro cuyas normas obedecen únicamente a la lógica jurídica, sin intervención de consideraciones exteriores al derecho» (Freund, 1986, p. 226) y, por otro lado, el derecho material (más casuístico) que tiene en cuenta «elementos extrajurídicos y se refiere, en el curso de sus juicios, a los valores políticos, éticos, económicos o religiosos» (p. 226).

De aquí resultan, como dice Freund (1986), dos maneras de concebir la justicia: «una se atiene exclusivamente a las reglas del orden jurídico -es justo

lo que está establecido y conforme a la letra o a la lógica del sistema- y la otra tiene en cuenta la situación, las intenciones de los individuos y las condiciones generales de su existencia» (pp. 226-227). Una supone la validez, y otra la explícita mediante una búsqueda del refrendo de las que la obedecen. Por eso mismo, el juez tiene dos formas de pronunciarse: limitándose a aplicar estrictamente la disposición legal o intentando comprender lo que parece más equitativo, preocupándose de que su decisión sea efectivamente «justa» (Ibid.).

En este sentido añade Freund (1986): La racionalidad del Derecho puede ser, pues, formal o material, lo que quiere decir que nunca será perfecta, ya que todos los conflictos jurídicos nacen del antagonismo insuperable entre estas dos clases de Derecho. La legalidad y la equidad pueden también servir de criterio a una conducta jurídica significativa y ser ambas arbitrarias e irracionales o bien racionales. Resulta claro que una justicia exclusivamente material significaría en su límite la negación del Derecho. Por otra parte, nunca ha existido y sin duda nunca existirá una justicia puramente formal que pueda librarse de toda consideración ajena al Derecho (Ibid.).

Para efectos de precisión Quezado (2019) precisa que dentro de esta clasificación los especialistas en Weber distinguen cuatro «tipos ideales» de Derecho: a) Derecho irracional formal y material: basado en puros valores emocionales, en los sentimientos o en la inspiración respecto de los procedimientos (justicia dictada por un déspota o por la inspiración del juez o su voluntad); b) Derecho material irracional y racional formal: tiene en cuenta normas formales escrupulosamente cumplidas pero para decisiones que

escapan a la razón, como los juicios fundados en los mandatos de Dios de la edad Media; c) Derecho racional formal con indiferencia material: basado en los conceptos abstractos originados por el pensamiento jurídico sistematizados e idealmente regidos por la lógica. d) Derecho racional desde el punto de vista formal y material: basado en la voluntad política o ideología que se organiza en formas, pero está animado por una interpretación abstracta basada en mandatos de contenido general, tales como “imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica” (Weber, 1993, p. 511) y que activan las instancias y las fuentes de la validez (p. 120).

Por lo tanto, de aquí se extraen dos tipos de tensiones entre racionalidad e irracionalidad y entre formalidad y materialidad. Weber señala, de acuerdo con esto, dos vías de racionalidad del derecho: a) la generalización que puede partir de una racionalización material; y b) la sistematización que parte de una racionalización lógica. Y con relación a la sistematización jurídica señala Weber citando a Fariñas (1991) que “casi siempre escapan a esa labor sistemática las relaciones jurídicas y el casuismo, que suelen derivar más de procesos esencialmente intuitivos que lógicos” (p. 255). Continúa sosteniendo Fariñas (1991) que “el derecho racional-formal busca la sublimación lógica del sistema, mientras que el derecho racional-material busca la justicia y la equidad del caso concreto” (p. 267).

Como conclusión, hay que señalar que la racionalización del derecho se vincula directamente al cuestionamiento de cuál es la función del derecho en la sociedad actual (Ibid.).

Para eso Weber parte de la distinción entre racionalización formal y material del derecho, los “*tipos ideales*” del derecho. Es decir, por un lado, la existencia de las normas jurídicas que responden a la lógica interna del sistema jurídico, cuyo criterio de justicia es estrictamente formal, traducida por la «racionalidad instrumental», que atiende a la coherencia lógica; y por otro, la racionalidad material que confiere importancia a elementos extrajurídicos. En ese contexto se establece una especie de tensión entre legalidad y justicia (Quezado, 2019).

#### **4.1.2. Deconstrucción epistemológica de la racionalidad en la idea kantiana de imperativo hipotético**

Según Rodríguez y Díaz (2011), precisa que el término racionalidad proviene de la palabra razón que a su vez tiene una raíz griega-*diánoia*- y latina-*ration-rationis*- que ha sido objeto de estudio y divergencias por los diferentes filósofos y teóricos desde la finalización del periodo de la mitología, caracterizado por la explicación del hombre y los fenómenos naturales a partir de creencias, tradiciones arraigadas a la religión politeísta y a las figuras simbólicas imaginarias, carentes de reflexión alguna y de conocimientos científicos. Sin embargo, posterior a esa fase los filósofos correspondientes a cada época de la historia, les dieron un giro significativo a estas concepciones naturalistas, plantearon una forma lógico-racional de analizar al hombre y a su

entorno, dejando como legado sus valiosos pensamientos a las siguientes generaciones. Muestra de la trascendencia de ese legado, se resume en la filosofía de Kant, quien obtuvo tanto auge en el periodo de la Ilustración e influyó sobre las disertaciones de sus seguidores y contradictores. Es por ello, que aún sus ideas continúan latentes y son utilizadas para fundamentar teorías vigentes (p. 168).

Asimismo, Kant (2002), en su libro *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, propone que las leyes morales al constituir un deber ser, no pueden desligarse del ideal del hombre racional, puesto que al obedecer estas, actuaría de acuerdo a las leyes universales exigibles y a los principios morales establecidos, conducentes a formar “un ser racional que posea la facultad de obrar según la representación de las leyes, esto es, según principios o una voluntad” (p. 155). Entendida, la voluntad como la posibilidad de elegir aquello que es aceptado por la razón como bueno y de acuerdo a un principio objetivo carente del querer ser. De ahí que, hablar en términos de deber ser es traer a colación la idea de imperativo y de sujeción a unos parámetros universales, prohibitivos, cuyos fines son válidos por sí mismos y convertidos en leyes para todos (Ibid.).

Rodríguez y Díaz (2011), precisa que ocurre una situación contraria cuando para llegar a determinados fines se requiere la selección de unos medios específicos; es decir, de unos supuestos modificables necesarios, pero no impositivos y unívocos como los imperativos hipotéticos que traen intrínseca la relatividad en sus fines, en cuanto están conformados por proposiciones

condicionadas. Es así como, el filósofo alemán establece una distinción entre los imperativos categóricos y los hipotéticos al postular que: “Lo que en cambio contiene meramente el fundamento de la posibilidad de la acción cuyo efecto es fin se llama medio. El fundamento subjetivo del deseo es el resorte, el fundamento objetivo del querer es el motivo, y de ahí la diferencia entre fines subjetivos, que dependen de motivos que valen para todo ser racional” (Kant, 2002). Los imperativos categóricos tienen un carácter general y persiguen un fin objetivo, sustentados en premisas que buscan convertirse en reglas morales para un conglomerado social y exponen las causas y los efectos de no actuar de acuerdo a estos principios buenos en sí mismos. A diferencia de los imperativos hipotéticos que son subjetivos, tienen un componente relativo y de posibilidad intrínseco; y enfatizan en que si los medios utilizados son malos -desde la percepción de la moral kantiana-, los resultados también lo serán (p. 169).

En este orden de ideas, según Kant (2002), manifiesta que “la razón es una facultad práctica que ha de tener influjo sobre la voluntad, tenemos que el verdadero cometido de la razón ha de ser producir una voluntad buena no acaso como medio en otro respecto, sino en sí misma, para lo cual la razón era necesaria absolutamente, si es que la naturaleza en la distribución de sus disposiciones ha procedido en todas partes con arreglo a fines”. Es decir, para este filósofo alemán, la razón es un elemento determinante en la voluntad buena del individuo y está relacionado con el deber ser, puesto que está en cierta forma es condición para que la voluntad del hombre, sea el resultado de una correcta elección orientada a un fin. Además, porque su propósito debe ser

bueno en sí mismo y querer su realización de forma autónoma, independientemente si es retribuida su acción; asumiendo como punto de partida la ineludible participación de la moral (p. 123).

Asimismo, Rodríguez y Díaz citando a Kant, sostienen que, al abordar la teoría de la racionalidad desde la perspectiva de universalidad propuesta por Kant en los imperativos categóricos, es insoslayable pensar ¿cómo se podría llevar a la praxis el principio de la universalidad, cuando en derecho cada caso es particular y requiere de un razonamiento propio? No obstante, para dar respuesta a este interrogante el filósofo de la Ilustración propone que este principio se oriente hacia los que imparten justicia; es decir, hacia los jueces porque estos deberían obrar seguidos por la moral, la buena voluntad o intención, reflejada en una correcta y racional decisión. De igual manera, juristas como Atienza afirman que es necesario la existencia de una regla general que guíe a las demás y garantice una acertada y coherente decisión. Así mismo, Alexy (1989, p. 214) sostiene que “toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal”; y los criterios de interpretación de los jueces, sustentados en la racionalidad, imparcialidad y seguridad jurídica. Un ejemplo del principio de universalidad es la presencia de la *ratio decidendi* en la sentencia, en cuanto es fuerza vinculante y representa la aceptación de teorías, fundamentos y normas reconocidas, que no pueden ser violadas porque han sido utilizadas como soporte para posteriores decisiones (p. 169).

Finalmente, en relación con la racionalidad, no puede desconocerse que puede incurrirse en un error cuando el ejercicio de la interpretación se vuelve

repetitivo y exegético, subsumido a una doctrina jurídica equívoca y a precedentes que deben ser modificados; obviando de esta forma la preponderancia de la razón como eje a partir del cual, debe girar el problema de los imperativos hipotéticos de interpretación y de argumentación jurídica (Rodríguez y Díaz, 2011, p. 170).

#### **4.1.3. La motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano.**

Ezquiaga (2011), al analizar los temas *argumentación e interpretación, referente a la motivación de las decisiones judiciales en el derecho peruano*, menciona a varios juristas y desarrolla *la motivación de las decisiones interpretativas* (p. 1):

##### **4.1.3.1. El deber de motivación de la decisión judicial.**

Según Ezquiaga (2011), la mención de alguna disposición normativa es un requisito necesario para que la decisión judicial pueda considerarse motivada, pero en ocasiones no es un requisito suficiente. Sin tomar en consideración ahora la motivación en relación con los hechos del proceso, al juez se le exige argumentar el paso de la disposición a la norma jurídica, en definitiva, se le impone la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas (p. 1).

Ezquiaga continúa sosteniendo que el derecho peruano es rotundo, y hasta reiterativo, a la hora de exigir la motivación de las decisiones

judiciales en todos los ámbitos, aunque, en la práctica, no sean demasiado concretas las indicaciones acerca de los requisitos que ese deber de motivación entraña. Sin pretensión de exhaustividad, estas son algunas de las principales disposiciones sobre la motivación (p. 2):

*Artículo 24. F de la Constitución:* “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

*Artículo 139.5 de la Constitución:* “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 expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

*Artículo VII del Código Procesal Constitucional:* [...] “Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia.

Precisando y ampliando en cuanto al deber de motivación Ezquiaga, sostiene que, cuando la exigencia de motivación adquiere rango de principio constitucional se configura adicionalmente como una garantía político-institucional (lo que suele denominarse como una “concepción *extraprocesal*” de la motivación). Su función, en este caso, es conformarse como una garantía de los individuos frente a los poderes del Estado, al posibilitar la motivación el control de la decisión judicial

por parte de la opinión pública (control *democrático*). Esa doble función (*endoprocesal* y *extraprocesal*) de la motivación conlleva varias importantes consecuencias de cara al entendimiento del deber de fundar y motivar la decisión judicial (pp. 5-7): a) la motivación debe *publicarse*; b) la motivación debe estar *internamente justificada*; c) la motivación debe estar *externamente justificada*; d) la motivación debe ser *inteligible*; e) la motivación debe ser *completa*; f) la motivación debe ser *suficiente*; g) la motivación debe ser *autosuficiente*; h) la motivación debe ser *congruente con las premisas* que se desea motivar; i) la motivación debe emplear argumentos compatibles; y j) la motivación debe ser *proporcionada*.

#### 4.1.3.2. Casos fáciles y casos difíciles.

En esa misma línea Ezquiaga (2011), sostiene las autoridades normativas (es decir, los órganos a los que las normas sobre la producción de normas otorgan competencias normativas) en el ejercicio de su función pretenden influir en el comportamiento de los destinatarios de tal modo que éstos lo adecuen a lo prescrito por aquéllas. Por tanto, lo que cualquier órgano con competencias normativas pretende hacer es emitir normas. Sin embargo, como se ha expuesto al comienzo, el único modo que tienen para comunicar a los ciudadanos, a las demás autoridades normativas, a los órganos de la Administración y a los jueces y Tribunales sus normas, es por medio del lenguaje. Con la finalidad de que el “mensaje normativo” sea conocido por sus destinatarios -o, al

menos, por los órganos jurisdiccionales (que los ciudadanos desconozcan las normas jurídicas no es obstáculo para que los jueces las apliquen y los individuos se vean afectados por sus consecuencias)-, las autoridades normativas utilizan, con más o menos tecnicismos, el lenguaje vulgar, es decir, emplean éste para expresar las normas jurídicas que desean producir (p. 21).

Para mayor precisión, Ezquiaga sostiene en la medida en que las normas jurídicas están formuladas en un lenguaje, el conocimiento de los enunciados redactados por las autoridades normativas es una condición previa para el conocimiento de aquéllas, pero no lo asegura automáticamente. Todo depende de cuál sea la relación que se establece entre las normas jurídicas y el lenguaje utilizado para expresarlas (lo que estoy denominando disposiciones o enunciados normativos). Simplificando bastante una cuestión extremadamente compleja, pueden identificarse dos concepciones principales sobre la relación entre el lenguaje y las normas (p, 22).

La primera de estas posturas mantiene que *entre las normas jurídicas y su formulación lingüística hay una identidad total*. Cada enunciado elaborado por las autoridades normativas expresa una norma, y cada norma es expresada por un único enunciado. Desde este punto de vista, el conocimiento de las normas se obtendría sin más trámites por medio del conocimiento de los enunciados que las expresan, de tal modo que éstos podrían ser denominados directamente “normas” sin

problemas. En cuanto a la actividad interpretativa, tendría, en primer lugar, como objeto las mismas normas y por finalidad “descubrir” el significado intrínseco o “propio” de éstas, objetivo que, la mayoría de las ocasiones, se alcanza con la simple lectura de los enunciados, aunque, en otros casos, debido a que las autoridades normativas utilizan expresiones ambiguas o poco claras sea precisa una interpretación que saque a la luz la norma oculta en el enunciado (Ibid.).

La segunda postura mantiene que *las normas son el significado de los enunciados redactados por las autoridades normativas*. Estos enunciados, denominados frecuentemente disposiciones normativas, serían utilizados por éstas para indicar los comportamientos prohibidos, obligatorios o permitidos. Para esta concepción, el conocimiento de las normas jurídicas exigiría la interpretación de (la atribución de un significado a) las disposiciones, ya que cada una de ellas puede potencialmente expresar más de una norma y cada una de éstas puede estar expresada por varias disposiciones (Ibid.).

El mismo autor sostiene que es relativamente frecuente que no se sepa (o surjan dudas sobre) el significado de un enunciado redactado por una autoridad normativa, que los jueces asignen a aquéllos sentidos “no queridos” por éstas, que órganos jurisdiccionales distintos (e incluso los mismos en momentos diferentes) apliquen normas jurídicas distintas invocando las mismas disposiciones, que con el paso del tiempo cambie la norma atribuida a una disposición sin que la redacción de ésta se

modifique, que se detecten en el sistema jurídico normas que otorgan a un mismo supuesto de hecho soluciones incompatibles, etc. (p. 24).

Parece que en la aplicación del derecho hay “casos fáciles” en los que la identificación de las normas jurídicas no plantea problemas a quienes van a utilizarlas, y “casos difíciles” en los que esa operación se complica por diversas causas. Ello obliga a separar ambos casos y a indagar cuál es el motivo para que se produzca esa dualidad (Ibid.).

Aunque no es sencillo efectuar una caracterización general de los casos fáciles y de los casos difíciles desde el punto de vista interpretativo, puede afirmarse que el caso fácil sería aquél en el que se da una de las dos siguientes situaciones:

A) Que el significado *prima facie* de un enunciado cumpla simultáneamente tres requisitos (Ezquiaga, 2011, pp. 25-26):

- i. Que sea *unívoco*, es decir, que todo operador jurídico (o al menos, todos los intervinientes en un concreto acto de aplicación del Derecho, por ejemplo, en un proceso) otorgue al enunciado el mismo significado.
- ii. Que sea *consistente*, es decir, que no entre en conflicto con ninguna otra norma jurídica del sistema.
- iii. Que sea *satisfactorio*, es decir, que no choque con el sentido de justicia del intérprete o con valores importantes para él.

B) Que se trate de un caso originalmente difícil (es decir, que el significado *prima facie* de un enunciado no sea unívoco, consistente o

satisfactorio) cuya dificultad se ha eliminado. Las formas, por así decirlo, de “transformar” un caso difícil en un caso fácil son dos: por vía legislativa o por vía jurisdiccional.

*Por vía legislativa*, promulgando el legislador una ley interpretativa o una definición legislativa. Aunque son dos instrumentos legislativos parcialmente diferentes, en relación con el tema que se está tratando ambos poseen el mismo efecto: seleccionar con carácter vinculante, de entre todos los posibles, un significado, es decir, la norma jurídica que debe considerarse expresada por un concreto enunciado.

Asimismo, Ezquiaga da precisiones y dice que, a pesar de tener la misma finalidad, el alcance de ambas es diferente. Las leyes interpretativas tienen por objeto un documento normativo concreto en su conjunto o parte de las disposiciones de un documento normativo, pero siempre determinado. Como cualquier otro mensaje normativo de una autoridad, las normas interpretativas serán expresadas por medio de una serie de disposiciones promulgadas, a su vez, utilizando una categoría normativa determinada. Por lo tanto, aunque la autoridad normativa desee dictar una norma para que no lo haga el órgano judicial, en realidad lo único que puede hacer es producir, también aquí, una nueva disposición, susceptible, por tanto, de ser interpretada por el juez para decidir qué norma expresa. Naturalmente, casi con toda probabilidad, la disposición interpretativa poseerá un grado de concreción superior a la disposición interpretada, por lo que el margen interpretativo del

intérprete será menor, pero ese margen no se eliminará ni tan siquiera elaborando una nueva disposición interpretativa. Por estos motivos, las leyes (u otras fuentes del Derecho) que tienen por finalidad sustituir la labor interpretativa del juez, sólo impropiaamente pueden ser calificadas como “interpretativas” (p. 26).

#### **4.1.3.3. Casos difíciles: situaciones “de duda” y situaciones “de controversia”.**

En esa misma línea Ezquiaga (2011), sostiene que se estaría ante un caso difícil desde el punto de vista interpretativo, por el contrario, cuando el significado *prima facie* de un enunciado no sea unívoco, sea inconsistente con otras normas del mismo sistema jurídico, o sea “insatisfactorio” para el intérprete por diferentes causas. Dicho de otro modo, caso difícil, siempre en relación con el ámbito de la interpretación, sería aquél en el que (p. 30):

- a) Se plantean *dudas* en relación al significado que ha de asignarse a un enunciado normativo.
- b) El significado asignado a un enunciado es *controvertido* o discutido entre las partes del proceso, entre el juez y las partes, entre el juez y otro juez (del mismo Tribunal o de otro diferente de una instancia superior o inferior) o, incluso, entre un juez y él mismo con ocasión de un cambio de criterio sobre el modo de entender un enunciado.

Asimismo, precisa y sostiene que le parece importante destacar que, a

diferencia de lo que acaba de señalarse en relación con los denominados casos fáciles, tanto en los casos difíciles “de duda”, como en los casos difíciles “de controversia”, el significado finalmente asignado por el juez a un enunciado deberá ser escrupulosamente justificado en la motivación de la decisión. Aunque ambos tipos de caso difícil no son idénticos y plantean problemas diversos en relación con las reglas para la interpretación o la motivación que no siempre son tenidos en cuenta (Ibid.).

En definitiva, la situación de duda afecta al intérprete en su proceso subjetivo para asignar un significado a un enunciado normativo, al encontrarse con varios sentidos posibles del mismo texto entre los que debe elegir, para lo que acude a las reglas para la interpretación. En la situación de controversia, por el contrario, el intérprete no tiene duda alguna sobre el significado a asignar a un enunciado, pero se encuentra con que el sentido elegido sin ningún género de duda, es discutido o no compartido, por lo que debe acudir a las reglas para la interpretación para emplearlas como argumentos que justifiquen el significado seleccionado (Ezquiaga, 2011, p. 31).

#### **4.1.4. Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico**

García (2017, p.73) siguiendo lo esbozado por MacCormick señala que su propuesta, originalmente positivista, fue comprometiéndose cada vez más con el reconocimiento de valores y principios morales tanto en el diseño como en el funcionamiento de la práctica jurídica institucional. Concluimos ahí que esta

postura (llamada post-positivismo) implica una tesis mucho más fuerte que la del convencionalismo jurídico tradicional: la práctica jurídica no satisface la exigencia mínima de racionalidad a menos que incorpore una demanda de justificación o pretensión de corrección (Cfr. MacCormick & Wróblewski, 2003).

Esta tesis, implica el desarrollo no sólo de una teoría del razonamiento jurídico, sino también de una teoría del razonamiento práctico y de las capacidades cognitivas y morales de los participantes (Cfr. MacCormick, 2008a, p. 23 y 2008b, p. 2). Este es el propósito general de MacCormick: explicar los elementos de justificación de las decisiones jurídicas, vincular esos elementos con una teoría institucional del derecho e integrar esta teoría institucional en el marco de una teoría del razonamiento práctico general. Esta teoría del razonamiento práctico será la base para el reconocimiento de ciertos criterios de corrección que habrían de usarse en la función institucional del razonamiento jurídico para satisfacer esa pretensión de corrección (Esta idea está estrechamente vinculada con la noción de certeza jurídica) (Ibid.).

Según MacCormick (2005, p. 5, 12, 16), un Estado que asegura las expectativas de los ciudadanos y los mantiene a salvo de las interferencias arbitrarias de los gobiernos es un Estado que permite a sus ciudadanos vivir independiente y autónomamente, en circunstancias de confianza mutua. Lo cual asegura la permanencia de la práctica jurídica (García, 2017, p. 73).

#### **4.1.4.1. La pretensión de corrección**

La teoría del orden normativo institucional de MacCormick (2008a, p. 19s) afirma que el derecho es una práctica institucional, autoritativa y heterónoma, dirigida a individuos libres y autónomos. Esta teoría, como dice MacCormick (2003, p. 543), exige de las autoridades institucionales justificar sus decisiones (i. e., tienen una doble responsabilidad especial derivada de la aceptación interna de las reglas adjudicativas: una institucional y otra moral), y deben hacerlo sobre la base de ciertos criterios objetivos (p. 74).

García (2017) sostiene que la práctica jurídica, como ya lo vimos, está constituida institucionalmente con el fin de asegurar las condiciones mínimas de convivencia y cooperación social entre los participantes. Esto quiere decir, entonces, que el derecho es un producto tanto de la razón como de las motivaciones (o sentimientos morales). En consecuencia, una teoría del razonamiento jurídico que explique y diga cuáles deben ser los métodos de justificación de las decisiones jurídicas, no puede descuidar la participación de estos dos elementos (MacCormick, 2008b, p. 2) (El razonamiento práctico no es sólo acerca de la razón, sino también acerca de los sentimientos morales) (p. 74).

El mismo autor citando a MacCormick (1994, p. 3) acepta que una práctica social, a la que podemos calificar de racional, no está dominada exclusivamente por la razón humana; esto es, por el cálculo frío de las expectativas mutuas a la luz de un conjunto de normas institucionales, sino que hay una mezcla entre esas expectativas y los impulsos (o pasiones, en términos de Hume) que gobiernan la voluntad humana. En la mezcla de esos

elementos está el respaldo moral de una práctica social normativa (véase MacCormick, 2005, p. 19 y 2008b, p. 2).

Asimismo, sostiene que la argumentación es el elemento clave en la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick (2003, p. 533). La argumentación, por un lado, requiere de un auditorio racional y de un escenario adecuado de discusión (con condiciones mínimas de participación); y, por otro lado, es una práctica social que se lleva a cabo atendiendo a reglas y formas especiales del discurso. Para MacCormick (1994 y 2005), hay dos niveles distintos de argumentación jurídica: el de la argumentación lógica (o justificación de primer orden); y el de la argumentación de coherencia, consistencia y consecuencialista (o justificación de segundo orden) (p. 75).

#### **4.1.4.2. La justificación de primer orden**

García (2017) citando a MacCormick (1994, p. 19) entiende al proceso de argumentación jurídica como el medio por el cual se toman decisiones jurídicas particulares; es decir, por el cual se decide la obligación, responsabilidad o sanción en un caso particular. El proceso de argumentación jurídica de primer nivel es un proceso de justificación lógico-deductivo (p. 77).

En términos muy simples, podríamos entender este primer nivel de justificación como paso esencial en la corrección jurídica. La lógica deductiva, desde un punto de vista muy neutral, es sólo un modelo adecuado de representación de proposiciones (fácticas y normativas) (Navarro, 2000), que permite evaluar las relaciones que guardan entre sí y el apoyo que dan en

conjunto a una conclusión particular. En este sentido, la lógica (particularmente, la lógica deóntica) sería usada para demostrar la corrección o incorrección de los argumentos jurídicos (Cfr. MacCormick, 1992, p. 184 y 186) (Ibid.).

El mismo autor continúa sosteniendo que el proceso lógico de justificación es independiente de la verdad o falsedad de las premisas (i. e., de las proposiciones que usamos en los argumentos). Para saber si alguien realizó o no tal acción (p. ej., si firmó un contrato, si asesinó a una persona, si falsificó un documento, etc.) tenemos que emplear métodos de descubrimiento; es decir, métodos que nos digan algo acerca de los hechos, (cfr. MacCormick, 1994, p. 35). Para saber si la ocurrencia de esos hechos es una razón suficiente para la aplicación de una norma tenemos que revisar las condiciones de aplicación de la norma e interpretar su contenido o significado. La lógica dice muy poco acerca de esa labor, (cfr. MacCormick, 1994, p. 87). Sin embargo, ya que hemos decidido la interpretación de la norma y confiamos en la verdad de los hechos, entonces podemos usar la lógica deductiva para llegar a una conclusión. El juez puede usar esta conclusión para tomar una decisión (i. e., realizar un acto de habla), por ejemplo, para declarar inocente o culpable a una persona, para imponerle alguna carga de responsabilidad, etc. (cfr. MacCormick, 1992, pp. 191-194) (García, 2017).

#### **4.1.4.2.1. Límites de la justificación lógica**

Para MacCormick (1994), el método lógico-deductivo presupone tres operaciones argumentativas: la relevancia de la norma, su aplicabilidad y la función institucional de la autoridad judicial (pp. 53-54). El juez tiene la obligación institucional de tomar decisiones con base en las normas jurídicas cuando sean relevantes y aplicables al caso en cuestión. Esta presuposición implica el reconocimiento de validez jurídica tanto de las reglas que imponen esa obligación institucional al juez como de las reglas que establecen las obligaciones de los participantes (García, 2017, p. 80).

Sin embargo, el problema de la justificación, en ocasiones, desafía esta presuposición de validez jurídica. Hay situaciones de conflicto que requieren precisamente de algún argumento que justifique que las normas aparentemente relevantes y aplicables son (o deben ser tenidas por) jurídicamente válidas. En estos casos, la justificación de la decisión obliga a calificar la validez jurídica de la norma (o conjunto de normas) que ocupa el juez para tomar esa decisión (Ibid.).

#### **4.1.4.3. La justificación de segundo orden**

García (2017) refiere que las normas jurídicas proporcionan las razones o criterios de justicia que el juez debe emplear en su razonamiento jurídico (MacCormick, 1994, p. 73). Sin embargo, para MacCormick, (1994, pp. 73-76) hay dos perspectivas distintas de la justicia. Por un lado, una concepción formal, que significa tomar a las normas como elementos (o condiciones) suficientes de justificación. Cualquier caso que caiga dentro de la descripción

normativa de la norma, justifica por eso su aplicación. Por otro lado, una concepción substancial, que significa, en cambio, revisar las normas a la luz de los elementos particulares del caso. Esto garantiza, en principio, tratar con igualdad a los distintos casos particulares y, además, asegurar que las normas lleven a decisiones justas o, por lo menos, no inconsistentes con otras normas, (cfr. MacCormick, 2006, p. 17) (p. 82).

En términos del mismo autor la concepción substantiva de la justicia implica que el juez revise no sólo los elementos de hecho, sino también los elementos de derecho para cada situación particular. Una decisión que tiene como consecuencia la anulación de la validez jurídica de una norma, o la reducción o ampliación de su significado, entraña un proceso de justificación más complejo que en el caso de la aplicación estricta de la norma (i. e., la concepción formal de la justicia). El juez tiene que aportar razones de justificación en la medida que su decisión tendrá efectos normativos, es decir, se impondrá coercitivamente y servirá además para resolver los casos futuros que sean parecidos (p. 84).

Además, el juez tiene que hacer una evaluación de su contenido (de acuerdo a la concepción substantiva de la justicia) precisamente porque tiene la obligación de aplicar las normas consideradas jurídicamente válidas (de acuerdo a la concepción formal de la justicia). Esta presunción de validez puede ser vista, entonces, como una característica *default* del razonamiento jurídico (p. 86).

#### **4.1.4.3.1. Razonamiento jurídico a partir de hechos**

García (2017) sostiene que uno de los límites del razonamiento jurídico tiene que ver con los problemas de prueba, es decir, con los criterios de que dispone un juez para aceptar o rechazar que una proposición declarativa (p. ej., que x asesinó a y) es verdadera; o para aceptar su verdad con cierto grado de probabilidad. MacCormick (1994, p. 87) alega que esos criterios de prueba están relacionados con (o incluso dependen de) juicios (o inferencias) que hace el juez a partir de cómo es el mundo o el estado de cosa actual (p. 86).

El mismo autor citando a MacCormick (1994, p. 89) refiere que encuentra en el establecimiento de estándares de prueba y en los requerimientos de la carga de la argumentación buenas razones para ofrecer alternativas de justificación jurídica. Estas razones deben ser evaluadas a la luz de ciertas teorías científicas y filosóficas acerca de los hechos, de la atribución de verdad, y las capacidades cognitivas de los hombres. MacCormick señala enfáticamente que el uso de las teorías de razonamiento a partir de hechos tiene la misma importancia que las teorías acerca de las normas. El problema, en su opinión, es que la gran mayoría de los teóricos del derecho han puesto el acento exclusivamente en temas de razonamiento normativo y han descuidado, en consecuencia, el análisis de la justificación en términos de pruebas y la fuerza de la evidencia (p. 87).

Asimismo, refiere que esta justificación garantiza tanto la justicia formal (el seguimiento de reglas y precedentes) como la justicia

substantiva (la evaluación particular de los casos). En las propias palabras de MacCormick (1994, p. 99) "La tesis aquí discutida es por lo tanto una tesis clara y simple. Se trata de que la noción de justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales sea siempre sobre la base de proposiciones universales, a las que el juez está dispuesto a adherirse como una razón para determinar otros casos parecidos y resolverlos en el mismo sentido que el caso presente" (p. 89).

#### **4.1.4.3.2. Razonamiento jurídico a partir de normas**

García (2017) se interroga ¿Qué tipo de argumentación tenemos que emplear, cuando ya se han probado los hechos, para decidir un caso a partir de las normas jurídicas?y responde que el método lógico deductivo de justificación es útil, como ya lo vimos, hasta que ocurren los problemas de relevancia, aplicación e interpretación. MacCormick (1994, p. 100) propone algunos criterios para resolver los casos que ya no son decidibles sólo a partir de las reglas de derecho y las reglas lógicas de la deducción (Ibid.).

Estos criterios, MacCormick (1994, p. 101) los piensa como criterios de trasfondo; es decir, criterios que recuperan elementos (o razones) de decisión desde la base de la práctica jurídica (i. e., desde el orden normativo informal) (García, 2017, p. 89).

El mismo autor sostiene que la justificación de segundo orden tiene que ver, para MacCormick (1994, p. 101s), con decidir correctamente a partir de ciertos criterios de justificación, por ejemplo, elegir una norma

frente a otra, elegir apartarse de una norma (o un precedente) que en apariencia es aplicable al caso, elegir una interpretación en lugar de otra, etc. MacCormick (1994, p. 101). Por supuesto, el tipo de razonamiento que se requiere para este segundo nivel de justificación pertenece todavía al ámbito jurídico porque su realización aún está sujeta a ciertos constreñimientos institucionales (como las reglas procedimentales, las cargas argumentativas y los estándares de prueba) (p. 90).

Además, refiere que MacCormick entiende esas elecciones como el resultado de un proceso justificativo que surge de una disputa entre por lo menos dos reglas, o dos precedentes, o dos interpretaciones posibles que conducen a decisiones distintas (y, a veces, contradictorias). Resolver qué regla, precedente o interpretación es preferible a otra es algo que compete al proceso justificativo de segundo orden. Un primer método para decidir esa preferencia es el de la consistencia entre cada una de esas reglas y el conjunto ordenado de normas jurídicas (Cfr. MacCormick, 2005, p. 189); el segundo podría ser el análisis de coherencia no sólo con respecto al sistema jurídico, sino también con el mundo (o con el estado de cosas persistente). En tercer lugar, la evaluación de sus consecuencias a partir de lo que se considera más deseable, en atención a los valores que constituyen la práctica jurídica (Ibid.).

#### **4.1.4.3.3. Razonamiento jurídico consecuencialista**

García (2017) citando a MacCormick (1994, p. 116) advierte que los juicios evaluativos necesarios para mostrar la preferencia, razonabilidad y

realizabilidad de los valores jurídicos son intrínsecamente subjetivos, en primer lugar, porque apelan básicamente a las creencias y opiniones normativas socialmente compartidas y, en segundo lugar, porque están condicionados a las capacidades cognitivas y prácticas de los participantes (p. 94).

Sin embargo, a pesar de este carácter subjetivo, MacCormick (2003, p. 543) alega que podemos justificar estos juicios evaluativos a la luz de un utilitarismo ideal de la regla (i. e., optar por la regla que favorece en mayor medida la realización de los valores y objetivos del derecho), podemos claramente justificar un juicio de valor; aunque no en términos de objetividad, sino en términos de sentido común (MacCormick, 1994, p. 112 y 133). En su opinión, todas las disputas en el ámbito jurídico pueden adoptar la forma de una disyunción entre dos o más reglas que podrían formularse universalmente para orientar una decisión que valdría para todas las ocasiones futuras donde fuese aplicable, cfr. MacCormick (2003, p. 545). Usando estas razones utilitaristas ideales podríamos mostrar la preferencia de una regla frente a otra diciendo, por ejemplo, que la primera regla (*universalmente formulable*) favorece en mayor medida algún objetivo común de la práctica jurídica (p. 95).

El mismo autor refiere que, aunque los argumentos consecuencialistas puedan mostrar razones racionales (*rational grounds*) para elegir entre reglas posiblemente aplicables, todavía persiste la objeción de arbitrariedad. MacCormick (1994, p. 119) se pregunta: ¿cómo

discriminar entre dos reglas que superan el test del utilitarismo ideal de la regla en un nivel apropiado de generalidad? La respuesta está en los argumentos de coherencia y consistencia (Ibid.).

Donde dos reglas son igualmente preferibles, de acuerdo al test utilitarista, la elección de una de ellas será determinada por el test de coherencia y consistencia entre las normas jurídicas (i. e., las reglas, los principios y los estándares de comportamiento) y los hechos relevantes (p. 95).

#### **4.1.4.4. Reglas, principios y consecuencias jurídicas**

García (2017) citando a MacCormick, refiere que los principios no son normas generales que se abstraen coherentemente de algún conjunto (o subconjunto) de reglas del sistema jurídico, sino que son normas que subyacen al sistema jurídico, es decir, que dan sustento a la práctica jurídica misma. Poseen entonces tanto fuerza normativa como fuerza justificativa. Los principios, entonces, obligan por sí mismos y también cuentan como elementos de justificación para las decisiones jurídicas. Una regla, por ejemplo, cuyo fundamento normativo se corresponde con un principio (que es, a fin de cuentas, un valor socialmente reconocido), adquiere por eso mismo carácter normativo. Esto le permite a la regla ingresar justificadamente al sistema jurídico y servir como un elemento de corrección para una decisión jurídica particular (cfr. MacCormick & Wróblewski, 2003, p. 429) (p. 98).

Asimismo, MacCormick no niega que pueden ocurrir conflictos entre los principios. La justificación jurídica que toma como base el

reconocimiento de algún principio jurídico puede ser debilitada, por ejemplo, si una decisión distinta puede lograrse mediante el reconocimiento de otro principio. La pregunta acerca de qué principio tiene preferencia no nos compromete con una ontología de los principios. Como ya lo vimos, MacCormick (1994, p. 153) pone el peso de la justificación de esta preferencia en las razones consecuencialistas que podamos ofrecer (MacCormick, 1994, p. 160), y también en la evaluación de coherencia y consistencia con respecto al conjunto de normas que integran tanto al orden normativo institucional como al orden normativo informal (MacCormick, 1994, pp. 161 y 177) (p. 99).

#### **4.1.4.4.1. Analogía e interpretación**

García (2017) argumenta que la interpretación, como recurso argumentativo, es esencial en la práctica jurídica. Su uso es permanente en el establecimiento y funcionamiento del orden normativo institucional, desde la formulación de las reglas institucionales (constitutivas, regulativas y terminativas) hasta su aplicación en cada caso particular. Sin embargo, esto no quiere decir otra cosa, sino que es un recurso indispensable para cualquiera de los métodos de justificación analizados hasta ahora (MacCormick, 2003, p. 536) (pp. 99-100).

En cuanto a la consistencia, MacCormick (1994, p. 195) prefiere entenderla como un mandato: no se deben contradecir las reglas de derecho establecidas y vinculantes. Para cumplir con este mandato es indispensable llevar a cabo una interpretación. Es necesario interpretar las reglas

jurídicas e interpretar las decisiones jurídicas particulares. Sólo así podemos justificar que las decisiones sean consistentes con respecto a cierto contexto jurídico. Sólo cuando interpretamos una norma; es decir, cuando le asignamos un cierto significado, podemos alegar que alguna disposición es o no contradictoria con lo que alguna norma establece (Ibid.).

Un método argumentativo muy recurrido para ofrecer y evaluar razones de interpretación es la analogía. MacCormick (1994, p. 186) considera a los argumentos de analogía como argumentos que dependen de (o sólo hacen sentido si hay) razones subyacentes (i. e., creencias y actitudes socialmente compartidas). Los argumentos de analogía sirven para identificar (en el sentido de trazar una correspondencia entre) esas razones de consistencia, coherencia y consecuencia (MacCormick, 2005, p. 206) (pp. 101-102).

MacCormick (1994, p. 187) piensa los argumentos de analogía como juicios particulares acerca de las razones que cuentan para la justificación de alguna interpretación jurídica. En otras palabras, las razones que se dan a favor de una interpretación, evaluadas según el test de coherencia, consistencia y consecuencia, son formulaciones (o particularizaciones) de esas razones subyacentes. Ofrecer una analogía de esas razones no es crear una norma sino particularizar un principio general (Ibid.).

#### **4.1.4.4.2. Consistencia y coherencia**

García (2017) citando a MacCormick (1994, p. 207) sostiene y reconoce que las posibilidades de interpretación de una norma jurídica (regla, precedente, principio, etc.) no están completa y absolutamente determinadas. Sin embargo, de esta falta de determinación todavía no se sigue que el juez pueda interpretar discrecional o incluso arbitrariamente. Establecer el significado de una norma, alega MacCormick, entraña razones de justificación capaces de mostrar que esa interpretación es consistente y coherente con el sistema jurídico, en el sentido de que no produzca contradicciones y que sea lo menos costosa para los valores y fines que pretende asegurar la práctica jurídica (Brink, 2001) (p. 103).

Asimismo, refiere que la razón detrás de este alegato está en la noción clave de la aceptación interna de los participantes que, como mencionamos en el capítulo anterior, comprende dos elementos: el cognitivo y el volitivo. El primer elemento nos ayuda a reconocer la obligación que imponen las reglas institucionales, y el segundo nos ayuda a expresar la conformidad que define su carácter normativo. Desde la perspectiva institucionalista, ambos son parte de la intencionalidad colectiva que constituye la práctica jurídica, la cual requiere necesariamente un mínimo de racionalidad. Si aceptáramos interpretaciones inconsistentes de las reglas que establecen obligaciones (o responsabilidades, o algún otro estatus normativo), estaríamos obligados a realizar acciones inconsistentes; es decir, acciones que no pueden realizarse simultáneamente. Seríamos, entonces, irracionales (p. 104).

#### 4.1.4.5. El razonamiento jurídico y la teoría del derecho

García (2017) citando a MacCormick (1994, p. 229) advierte constantemente que una teoría del razonamiento jurídico requiere de (y es requerida por) una teoría del derecho. Cualquier versión que se ofrezca del razonamiento jurídico presupone alguna noción (o concepción) del derecho. Por contraposición, cualquiera que sea la teoría del derecho que se defienda tiene que ser examinada en relación a sus posibilidades de justificación jurídica (i. e., a sus capacidades de responder a la demanda o pretensión de corrección) (p. 105). La teoría del razonamiento jurídico que propone MacCormick no le compromete con tesis fuertes acerca de las capacidades cognitivas y prácticas de los seres humanos. MacCormick, por ejemplo, no defiende que para todo caso haya una respuesta correcta, ni mucho menos que podemos llegar a ella mediante pura reflexión filosófica. Defiende, sin embargo, que cuando estamos frente a casos difíciles el dilema entre seguir una regla específica o apartarse de ella es un desacuerdo práctico, y no un desacuerdo teórico o especulativo (MacCormick, 1994, p. 251) (Ibid.).

La corrección de una decisión jurídica presupone que hay criterios de corrección MacCormick (1994, p. 255). Estos criterios, desde luego, no son absolutos ni trascendentales, sino que tienen que considerarse como parámetros de evaluación (o justificación) dentro de cada contexto normativo institucional. Decidir qué es lo jurídicamente correcto en una situación particular no implica decidirlo para siempre o para cada caso que se llegase a presentar. Implica tan sólo que una decisión es correcta bajo los márgenes de

justificación de esa práctica institucional y a la luz de las circunstancias conocidas (García, 2017, p. 107).

## **4.2. Resultado a nivel normativo y jurisprudencial**

### **4.2.1. Motivación de las resoluciones judiciales desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú.**

Como se ha sostenido la racionalidad de las decisiones judiciales se sustenta en la racionalización del derecho, es decir, en que esta sea objetiva, certera y coherente, por ello en las resoluciones judiciales se delimitan algunos supuestos.

#### **4.2.1.1. Supuestos que delimitan el derecho a la motivación según el Expediente N° 1744-2005-PA/TC**

##### **4.2.1.1.1. Funciones de la motivación en el Estado social de derecho**

###### **a. Función endoprocesal**

El que los jueces justifiquen las decisiones que toman en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es delegada por el pueblo, conforme lo establece el artículo 138 de la Constitución, constituye, además de un derecho en los términos expuestos, una verdadera garantía institucional que permite, como ha sostenido la clásica doctrina procesal, no solo el ejercicio de otros derechos como el de defensa, el de pluralidad de instancia y, en general, el derecho de impugnación de las resoluciones por parte de los actores directos del proceso, sino,

al mismo tiempo, un adecuado control por parte de los tribunales de alzada:

*Respecto de las partes, se pretende conseguir su convencimiento sobre la justicia de la decisión, enseñándoles adecuadamente el alcance de la sentencia y facilitarles los recursos; y en lo concerniente a los tribunales que examinan los recursos presentados, la motivación de las sentencias permite un control más cómodo tanto en apelación (porque revela los hipotéticos vicios de la decisión recurrida) como en casación (Igartua, 2003, p. 23).*

Esta es la primera función institucional que cumple la motivación de las resoluciones judiciales, y a la que Taruffo ha calificado como función endoprosesal de la motivación (Taruffo, 1975, p. 392).

#### **b. Función extraprosesal: dimensión social y política de la motivación**

En esa línea el Tribunal Constitucional mencionando a Taruffo sostiene que la motivación cumple, además, una función social y política trascendente. Por un lado, permite al Juez ejercer públicamente la garantía político-jurídica de su imparcialidad en cada caso y, por otro, la justificación jurídica expresada en la sentencia da cuenta también de la

propia validez del sistema de fuentes, que es refrendada de este modo por los jueces en cada caso concreto. En cuanto al primer aspecto, la función política de la motivación supone una especie de plebiscito permanente en la actuación del juez, que importa no solo a las partes sino, desde luego, a la sociedad en conjunto. Con la debida justificación de sus decisiones, el juez da cuenta pública de su imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Como anota Taruffo:

En sustancia, no sólo el Juez debe ser imparcial, pues ocurre que la imparcialidad puede y debe ser verificada en cada concreta decisión: la decisión no es imparcial en sí misma, sino en cuanto demuestre ser tal. Entonces, la conexión con el deber de motivación es intuitivo: si la decisión no está debidamente motivada, puede, indiferentemente, ser imparcial o parcial, es, por tanto, a través de la motivación que puede ser descartada la parcialidad, y, por consiguiente, garantizada la imparcialidad (Ob. cit., p. 399).

Con relación al segundo aspecto, la motivación de las decisiones judiciales también da cuenta, a veces de modo explícito (Esto ocurre por ejemplo en el caso del ejercicio de la potestad del control difuso por parte de toda la magistratura

ordinaria o la propia magistratura constitucional), de la regularidad del sistema de fuentes respecto de su validez constitucional. Se trata, esta vez, de la función de garantizar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico en su aplicación, función que ha dado especial connotación a la actividad judicial en el actual Estado Constitucional de Derecho. Las decisiones interpretativas de los jueces sobre las distintas disposiciones del sistema jurídico refrendan, en cada caso, la identidad de las fuentes con la Norma Fundamental. Las razones expresadas para establecer que una ley o un reglamento deben aplicarse válidamente en la solución de un caso, pasa inevitablemente por dar cuenta de la compatibilidad de dichas fuentes normativas con la Constitución. En este sentido, la interpretación judicial del Derecho, que es una clásica actividad de justificación o motivación normativa, cumple la función trascendente de verificar la validez de las distintas normas que confluyen en el sistema jurídico. La motivación de las decisiones interpretativas se convierte, de este modo, en un veredicto sobre el sistema jurídico en conjunto, situación que, de nuevo, no solo importa al reducido auditorio de las partes de un proceso judicial, sino a toda la sociedad.

De este modo queda claro que la exigencia de motivación de todas las resoluciones jurisdiccionales no es solo un derecho subjetivo, sino también una garantía institucional que permite tanto el control interno de los procesos judiciales, como también el control ciudadano del ejercicio del poder de los jueces en el Estado democrático.

El Tribunal Constitucional ha asumido estas consideraciones respecto del derecho a la motivación de las sentencias al sostener que,

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. (vid. STC 791-2002-HC/TC).

El Tribunal Constitucional en esta misma dirección, también ha precisado que la garantía de la motivación permite controlar la racionalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional,

(...) Asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado derecho de defensa de los justiciables (cf STC 1291-2000-AA/TC).

### **c. Función pedagógica**

Finalmente, sostiene el Tribunal Constitucional y cita al jurista Colomer sosteniendo que no debe perderse de vista que la motivación de las decisiones judiciales supone también, en un plano general, una excelente herramienta para la educación ciudadana sobre los derechos y sus garantías. La exigencia, en este punto, es que las decisiones sean redactadas con claridad expositiva y pensadas para el ciudadano de formación promedio, de modo que cualquier persona pueda orientar su conducta a partir de las prohibiciones, las sanciones y las habilitaciones que dispongan los Jueces y Tribunales a través de sus decisiones, como un complemento inevitable al sistema de fuentes del ordenamiento. Se trata, en suma, de generar mayor confianza en el sistema jurídico, dando señales claras a los justiciables sobre lo que está permitido, prohibido o sancionado en el ordenamiento jurídico, generando como consecuencia la optimización de los recursos económicos en los procesos judiciales,

(...) Ya que si los litigantes conocen las razones de la decisión podrán evitar en el futuro someter a juicio una pretensión igual a aquella que previamente fue desestimada (Colomer, 2003, p. 134).

Asimismo, el ente autónomo sostiene que la función pedagógica que cumple la justificación de las sentencias comporta también una obligación social importante de la judicatura respecto de la función que realiza en el Estado democrático. Esto supone, entre otras cosas, una actitud de acercamiento al ciudadano mejorando, en lo posible, la técnica de redacción de las sentencias y resoluciones en general, que permitan no solo mayor transparencia, sino que den a la ciudadanía mayor confianza en la función trascendente que la Constitución confía a los jueces. En este sentido, la doctrina suele reclamar no solo “abundancia” en los argumentos sino, sobre todo, *racionalidad en su elaboración*.

No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables, pues la “cantidad” de motivación no constituye, por sí sola, “calidad” de motivación. Es más, algunas motivaciones extensas, pero completas de malabarismos argumentativos, de vericuetos dialécticos y, en definitiva, farragosas, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales,

sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad (Gascón, 1999, p. 228).

#### **4.2.1.1.2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una decisión jurisdiccional debidamente motivada**

Para profundizar y precisar el tema abordado, el Tribunal Constitucional ha establecido la importancia y la dimensión constitucional que adquiere en el contexto del Estado democrático el principio, garantía institucional y derecho constitucional a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales, conviene precisar alguna de sus notas más saltantes y que constituyen, al mismo tiempo, el ámbito constitucionalmente protegido del derecho en cuestión. Esto con la finalidad de establecer algunos lineamientos generales que permitan el ejercicio de un prudente control constitucional respecto de la argumentación que desarrolla el juez ordinario a la hora de asumir la función que le corresponde constitucionalmente, de modo tal que no signifique una intromisión en la independencia de la judicatura ordinaria, como a veces se suele denunciar (Expediente N° 1744-2005-PA/TC).

##### **a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.**

En primer lugar, parece fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente,

en el sentido de que 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. Como enfatiza Josep Aguiló,

(...) Hoy en día es casi un lugar común la consideración de que un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria (Aguiló, 1997, p. 2).

**b) Falta de motivación interna del razonamiento.**

El máximo intérprete de la constitución citando a Atienza, plantea un segundo aspecto en el que se legitima la actuación del juez constitucional en defensa del derecho a una decisión jurisdiccional debidamente motivada, viene dado por los defectos internos de la motivación. La falta de motivación interna del razonamiento puede expresarse en dos dimensiones: la primera se identifica con el control de validez de una inferencia a partir de las premisas que el juez establece previamente en su decisión. La justificación interna, como bien lo precisa Atienza (2004, p. 61), es tan solo cuestión de lógica deductiva. Si el Juez, en su argumentación, ha establecido: 1) que se ha producido un daño; 2) que el daño ha sido causado por “X”, y 3) que el Código Civil establece que quien causa un daño debe indemnizarlo (artículo 1969 del Código Civil),

entonces la consecuencia lógica de las premisas fácticas y normativas es que el Juez, en su fallo, establezca un monto por concepto de indemnización contra “X”.

Así también el Tribunal Constitucional plantea una segunda dimensión en la que también resulta controlable la motivación interna del razonamiento a través de un proceso de amparo, está referida a la coherencia narrativa del juez al pronunciar su decisión. En este caso, el control constitucional rechaza el discurso absolutamente confuso que es incapaz de transmitir las razones de modo coherente en torno a la decisión que se ha tomado. Como lo pone de manifiesto Colomer (2003, p. 294), en este caso, se trata de (...) garantizar que la motivación cumpla sus funciones sin que un defectuoso empleo del lenguaje impida que satisfaga, al menos, su esencial función comunicativa.

Se trata, en ambos supuestos, de ubicar el ámbito constitucional de la debida motivación en el control de los argumentos en función de la decisión asumida por el Juez o Tribunal, sea desde una perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa (Expediente N° 1744-2005-PA/TC).

**c) Control de la motivación externa, justificación de las premisas.**

Fundamentando el tema de la motivación, el Tribunal Constitucional ha precisado en tercer lugar, el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin (1984, pp. 146-208), es decir, aquellos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá ser enjuiciada por el juez de amparo por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. Hay que precisar, en este punto, que no se trata de reemplazar la

actuación del juez ordinario en la valoración de la prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos, bien para respaldar el valor probatorio que se les confiere a determinados hechos, bien, tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal (Expediente N° 1744-2005-PA/TC).

**d) La motivación insuficiente.**

En esa línea el Tribunal Constitucional, ha sostenido que el juez constitucional también podría, eventualmente, controlar mediante un proceso de amparo la insuficiencia en la motivación. Esta 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. Se trata de un concepto ambiguo, de naturaleza indeterminada, que requiere por ello ser delimitado en cada caso concreto. Si bien, como ha establecido el Tribunal Constitucional, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas (STC 1291-2000-AA/TC.), la insuficiencia vista aquí en términos generales solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional, si la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. Aquí se advierten una serie de mecanismos que los Tribunales Constitucionales suelen desarrollar para administrar con un prudente *self restraint* sus competencias sin penetrar en las competencias también constitucionales del juez ordinario; a saber, la motivación *per relationem*, que se remite a los argumentos del juez de primer grado, reconfirmándolos en apelación; la admisión de las llamadas *motivaciones implícitas*, referidas a las razones que han sido desechadas a consecuencia de haberse asumido otras; o incluso las llamadas *motivaciones tácitas*, que para el Tribunal Constitucional simplemente no constituyen motivación alguna y, por tanto, no deben ser admitidas. En los demás supuestos se trata, en todo caso, de

evaluar su razonabilidad a la hora de admitirlos en los eventuales casos.

**e) La motivación sustancialmente incongruente.**

Así también, el máximo intérprete de la Constitución ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desvío de la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Todas las demás manifestaciones de la incongruencia en la decisión judicial, para su control por parte del juez constitucional, deben ser analizadas a la luz de cada caso concreto, debido a las diversas manifestaciones en que puede presentarse.

**f) Motivaciones cualificadas.**

Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido 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.

Conviene enfatizar, no obstante, que todas estas manifestaciones, presentadas ahora en forma general, no pueden suponer en ningún caso una lista cerrada de supuestos. En tal sentido, la práctica judicial, siempre más amplia y compleja que cualquier cálculo del legislador o de la propia jurisprudencia, debe permitir un mejor desarrollo en función de las necesidades y del contexto en que se presenten (Expediente N° 1744-2005-PA/TC).

**4.2.2. Motivación de las resoluciones judiciales desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú**

En esa misma línea, en cuanto a la racionalidad de las decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano, la Corte Suprema no ha sido

ajena, por ello, ha determinado algunos criterios que caracterizan a las decisiones judiciales.

#### **4.2.2.1. Criterios básicos para la argumentación de una resolución judicial bajo los argumentos de la Casación N° 971- 2017, Ica.**

##### **4.2.2.1.1. Motivación de las resoluciones judiciales**

La Corte Suprema ha determinado que el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, consagrado en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Perú, garantiza que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que lo llevan a tomar determinada decisión.

Asimismo, la Corte Suprema, ha recogido lo planteado por el Tribunal Constitucional y ha precisado que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ello, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (según lo dispuesto en el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución) y, de otro lado, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En ese sentido, el Tribunal Constitucional precisó que:

“[...] la exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona directamente con el principio del estado democrático de derecho y con la propia legitimidad democrática de la función jurisdiccional”.

Con relación a este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, precisó que:

77. La Corte ha señalado que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. El Tribunal [también] ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las

partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

La Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 1163-2017-Junín, del veinticinco de junio de dos mil dieciocho, señaló que:

El cumplimiento al deber de motivación se produce cuando el Tribunal exprese las razones concretas por las que arriba a determinada conclusión, realizando el debido juicio de tipicidad con base en las pruebas actuadas en juicio. El deber de motivación también demanda al Tribunal la expresión de la razón de absolución, sea atipicidad, insuficiencia probatoria, absolución por duda u otro.

En ese entender:

- a) La motivación de las resoluciones judiciales, como garantía de los derechos de las personas, vinculada con la correcta administración de justicia, protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga

credibilidad y racionalidad a las decisiones del Poder Judicial, en el marco de una sociedad democrática.

- b) La argumentación de una resolución judicial debe mostrar que
  - i) existe congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, ii) por sí misma exprese una clara y suficiente justificación de la decisión adoptada, iii) los alegatos de las partes fueron tomados en cuenta y iv) se valoraron de forma conjunta y razonada todas las pruebas actuadas; ello, a su vez, otorga a los justiciables la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales.
- c) Toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, en los términos precedentemente expuestos, constituye una decisión arbitraria.

#### **4.2.3. Tres presupuestos del principio de motivación de las resoluciones judiciales según los fundamentos de la Casación 3465-2012, Lima Norte**

La motivación de las resoluciones judiciales, es un buen indicador para que las decisiones judiciales encuentren su carácter de racionalidad, por ello, la Corte Suprema, como se ha planteado se aproxima a la racionalización derecho.

##### **4.2.3.1. Razonamiento de la Corte Suprema**

Uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente

deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado garantiza que los Jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Administrar Justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Estado y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa (Casación 3465-2012, Lima Norte).

Así, la Corte continúa su argumentación, estableciendo que, asimismo el derecho a un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva encuentran desarrollo a nivel ordinario en el artículo I del Título Preliminar y artículo 122 del Código Procesal Civil que garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia es decir una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder – deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del

proceso como es el caso del principio de motivación de las resoluciones judiciales.

En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista:

- 1) Fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino, la explicación y justificación de qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas;
- 2) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y,
- 3) Por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o dicho en otras palabras, que las razones que respaldan una determinada resolución judicial puedan desprenderse de su simple lectura y no de suposiciones o interpretaciones forzadas por parte de los destinatarios de ellas, tal es así que el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, establece:

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.

#### **4.2.4. Diferencias entre motivación omitida, motivación insuficiente y motivación contradictoria establecida en la Casación N° 2159-2013, Lima**

##### **4.2.4.1. Fundamentos de la Sala Suprema**

En esa línea, la Suprema sostiene que, las infracciones normativas alegadas por la recurrente tienen que ver con la afectación al deber de motivar debidamente las resoluciones judiciales. De manera específica señala que en el recurso de casación hay indebida motivación por no existir fundamentación suficiente para establecer si los funcionarios demandados han ocasionado un daño indemnizable; en estricto, no haberse pronunciado con respecto a la omisión incurrida por los demandados por no haber depositado el fondo de garantía obtenido por ICCGESA en una entidad financiera. Asimismo, refiere que no se han valorado los medios probatorios, de manera específica los medios probatorios existentes en el Informe Especial N° 297-2003-CG/LOC. Considera que dichas omisiones vulneran lo dispuesto en los artículos I y VII del Título Preliminar, 122, incisos 3 y 4, y 197 del Código Procesal Civil, e infracción normativa del artículo I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil.

La obligación de fundamentar las sentencias propias del derecho moderno se ha elevado a categoría de deber constitucional. En el Perú el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado señala que:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.  
Igualmente, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe: “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta...”.

Estando a lo dicho este Tribunal Supremo verificará si la sentencia se encuentra debidamente justificada externa e internamente, y si además se han respetado las reglas de la motivación en estricto.

Que, se haya constitucionalizado el deber de motivar implica que se está ante una obligatoriedad universalizada e indisponible que surca todas las esferas: la privada y la pública. Además, siendo la motivación un instrumento comunicativo cumple funciones tanto endoprocesales como extraprocesales.

En el primer caso (función endoprocesal) la motivación permite a las partes controlar el significado de la decisión. Pero además permite al juez que elabora la sentencia percatarse de sus yerros y precisar conceptos, esto es, facilita la crítica interna y el control posterior de las instancias revisoras (Aliste, 2012, pp. 157-158. Guzmán, 2013, pp. 189-190). En el segundo supuesto (función extraprocesal) se posibilita el control democrático de los jueces, que obliga, entre otros hechos, a la publicación de la sentencia, a la inteligibilidad de la decisión y a la autosuficiencia de la misma (Igartua, 2014, p. 15. Aliste, 2012, pp. 158-159). Por lo tanto, los destinatarios de la decisión no son solo las partes, sino lo es también la sociedad, en tanto el poder jurisdiccional debe rendir cuenta a la fuente del que deriva su investidura (Taruffo, 2006, pp. 309-310).

Siguiendo con su análisis, la Corte Suprema ha establecido que, es ya común mencionar que la motivación no significa la exteriorización del camino mental seguido por el juez, pues ello implicaría considerar que no importa la decisión en sí misma, ni lo racional o arbitraria que ésta pueda ser, sino solo el proceso mental que llevó al juez a emitir el fallo. Por el contrario, la motivación como mecanismo democrático de control de los jueces y de control de la justicia de las decisiones exige que exista una justificación racional de lo que se decide, dado que al hacerlo no solo se justifica la decisión sino se justifica el mismo juez, ante las partes, primero, y ante la sociedad

después, y se logra el control de la resolución judicial (Igartua Ob. cit., pp. 19-22).

Tal justificación racional es interna y externa. La primera consiste en verificar que: “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas. Por su parte, la justificación externa consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas (Atienza, 2005, p. 2), lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera (Moreso y Vilajosana, 2005, p. 184).

En esa perspectiva, la justificación externa exige (Igartua Ob. cit., p. 26):

- a. Que toda motivación debe ser congruente, de lo que sigue que no cabe que sea contradictoria.
- b. Que toda motivación debe ser completa, por lo que deben motivarse todas las opciones.
- c. Que toda motivación debe ser suficiente, por lo que es necesario ofrecer las razones jurídicas que avalen la decisión.

Teniendo en cuenta los conceptos antes señalados, la motivación puede presentar diversas patologías que en estricto son la motivación omitida, la motivación insuficiente y la motivación contradictoria (Igartua Ob. cit., pp. 27-33). En esa perspectiva:

1. En cuanto a la motivación omitida:
  - a. Habrá omisión formal de la motivación cuando no hay rastro de la motivación misma.
  - b. Habrá omisión sustancial de la motivación cuando exista: (i) motivación parcial que vulnera el requisito de completitud; (ii) motivación implícita cuando no se enuncian las razones de la decisión y ésta se hace inferir de otra decisión del juez; y (iii) motivación *per relationem* cuando no se elabora una justificación autónoma sino se remite a razones contenidas en otra sentencia.
2. Habrá motivación insuficiente, entre otros supuestos, cuando no se expresa la justificación a las premisas que no son aceptadas por las partes, no se indican los criterios de inferencia, no se explican los criterios de valoración o no se explica por qué se prefiere una alternativa y no la otra.
3. Habrá motivación contradictoria cuando existe incongruencia entre la motivación y el fallo o cuando la motivación misma es contradictoria.

Por último, lo que debe motivarse es (Igartua. Ob. cit., p. 34. Taruffo. Ob. cit., pp. 210-232):

- a. La decisión de validez respecto a la disposición aplicable al caso.
- b. La decisión de interpretación en torno al significado de la disposición que se está aplicando.

- c. La decisión de evidencia, esto es, a los hechos que se tienen como probados.
- d. La decisión de subsunción relativa a saber si los hechos probados entran o no en el supuesto de hecho que la norma contempla.
- e. La decisión de consecuencias.

#### **4.2.5. Irracionalidad de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano.**

En el desarrollo de la investigación, se ha sostenido que las decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano deben ser racionales, sin embargo, se ha advertido en la Corte Superior de Justicia de Ica, casos de irracionalidad de decisiones judiciales donde se ha obviado plasmar temas esenciales que fundamentan la racionalización del derecho.

El análisis de los siguientes casos, tiene como fuente la Corte Superior de Justicia de Ica Oficial, el cual ha sido comentado en la revista jurídica LP pasión por el derecho, octubre 2020 y La Ley el ángulo legal de la noticia respectivamente.

El primer caso de irracionalidad, se encuentra en el Expediente N° 002822-2019-90-1401-JR-PE-03 - emitida en la Corte Superior de Justicia de Ica, donde se observa que el debido proceso en su vertiente formal de la debida motivación, ha sido afectado, ya que a la conclusión que arribó el colegiado referente a los resultados de las pericias, no se desprende de una premisa que cuestione la logicidad o suficiencia de estos exámenes (o de sus autores), sino que utiliza una

premisa no razonable para desvirtuar sus conclusiones y, por lo tanto, su valoración final no es lógica.

Asimismo, el comunicado señala que la sentencia de primera instancia estaría incurrida en vicios procesales que vulneran el debido proceso y la debida motivación de resoluciones judiciales, puesto que se ha evidenciado que no se ha valorado en forma individual (en su integridad) y menos en forma conjunta todos los medios probatorios actuados en juicio oral; y con ello no se efectuó una correcta motivación de la decisión absolutoria a favor del acusado, pues realizó una valoración de la prueba aportada sin justificar dicho razonamiento.

Finalmente, el colegiado concluyó que dichos defectos son insubsanables porque no permiten al Tribunal de Segundo Grado emitir una sentencia de mérito, razón por la cual conforme con lo establecido en el artículo 150, inciso d), del Código Procesal Penal, se amparó el recurso de apelación de las entidades recurrentes y se declaró la nulidad de la sentencia, disponiendo que otro Juzgado Penal Colegiado, proceda a emitir nuevo pronunciamiento, previo juzgamiento, observando las garantías del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales (Fuente: Corte Superior de Justicia de Ica Oficial).

El segundo caso de irracionalidad, es desarrollado en la Casación N° 1879-2021-Ica, donde el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial - Zona Norte de la Corte Superior de Justicia de Ica, declaró probados los hechos imputados al procesado y le impuso quince años de pena privativa de libertad. Para llegar a dicha conclusión, tomó en consideración la sindicación del menor infractor, quien participó como testigo impropio en el proceso.

El juzgado de primera instancia vinculó al menor infractor con el delito de robo agravado por haber sido reconocido por los testigos. Asimismo, consideró que se identificó el vehículo que este conducía cerca del lugar de los hechos. Además, participando como testigo impropio, el menor infractor vinculó al investigado con el hecho.

Contra dicha resolución, la defensa técnica interpuso recurso de apelación por la suficiencia probatoria y la motivación de la resolución.

Siendo así, a Sala Penal de Apelaciones de Chincha y Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica confirmó la condena, pero reformó la pena y le impuso doce años de pena privativa de libertad. Dentro de sus fundamentos, en uno de ellos la sala superior admitió que existía una motivación deficiente en la sentencia. No obstante, cuando valoró la sindicación al imputado concluyó similitud entre la declaración preliminar, la ampliatoria y la de juicio oral. Contra esta sentencia de vista se interpuso recurso de casación.

Sin embargo, en la resolución emitida en el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial - Zona Norte de la Corte Superior de Justicia de Ica, se podía observar que adolecía de supuestos básicos para una debida motivación, como lo ha desarrollado la Casación.

## V. DISCUSIÓN

Considerando los resultados presentados en el capítulo anterior concerniente a la racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano, pasamos a esbozar los fundamentos que respaldan la afirmación de que **los principales fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho son: en primer lugar, la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias, que brinde seguridad jurídica para el razonamiento judicial; en segundo lugar, la exigencia de coherencia normativa y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico aplicable, que permita un razonamiento judicial deductivo y no contradictorio; y finalmente, la plena determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso, que posibilite un proceso judicial reglado y un razonamiento judicial suscrito a las fuentes formalizadas del derecho.** Los argumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que justifican la hipótesis planteada son:

### 5.1. El error judicial

Para Malem y Otros (2009), la posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus decisiones parece ser un hecho aceptado en los sistemas jurídicos modernos (p. 11). Una de las formas de entender la cadena de revisiones por parte de jueces jerárquicamente superiores a las decisiones de

jueces inferiores es que el sistema prevé la contingencia de subsanar los errores que pudiera cometer el juez inferior. Esto no debe extrañar, surge de la aplicación al ámbito judicial de la idea de la falibilidad humana; Malem continúa afirmando que la idea de un poder judicial estructurado jerárquicamente puede entenderse también como un mecanismo de distribución de poder más que como un instrumento para solucionar errores (Ibid.).

Siguiendo con su análisis Malem y Otros sostienen que el reconocimiento de la posibilidad de que los jueces yerren y de las consecuencias jurídicas que de esto se pueden derivar está recogido en convenios internacionales, constituciones nacionales o en textos legislativos. Así, por ejemplo, queda establecido en el Pacto Internacional de San José de Costa Rica (art. 10), en la Constitución española (art. 121) o en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 292 y ss.).

No está muy claro, sin embargo, qué se entiende por error judicial, si puede predicarse sólo respecto de las cuestiones de hecho en las decisiones judiciales o si, por el contrario, también puede hacerse sobre cuestiones de derecho y, en tal caso, a que ámbito jurídico material se le aplica dicha categoría o, en fin, que tipo de jueces podría incurrir en él. En el derecho español no existe una definición legislativa de error judicial, y la jurisprudencia y la doctrina no se han mostrado unánimes respecto de su mejor caracterización (p. 12).

El mismo autor continúa sosteniendo que, para que exista un error

judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes. (Esta definición no supone que haya una única respuesta correcta, pero asume que hay para ciertos casos al menos una. Es posible pensar incluso que el derecho no ofrezca ninguna respuesta correcta para un determinado asunto, esto es, que haya indeterminación jurídica. En este supuesto no se puede hablar de error jurídico) (pp. 12-13).

Por esa razón, el error judicial no implica un uso judicial de la discrecionalidad, si está permitido por el sistema jurídico. Más bien implica la existencia de la violación de sus límites que es la arbitrariedad (Ibid.).

Por lo tanto, importa poco que la equivocación del juez se deba a su propio dolo, culpa o falta de diligencia. Y es indiferente, además cuál sea el nivel jerárquico, desde el punto de vista de la estructura judicial, en el que se produce dicha equivocación. Tampoco es necesario que el error sea evidente o manifiesto, ni que haya causado daño a una de las partes del proceso, ni que el supuesto perjudicado carezca de recursos procesales para su solución. Estas pueden ser condiciones necesarias para que el error judicial se vuelva indemnizable, pero no afecta a su concepto en sentido amplio (Ibid.).

En la misma línea, Valeriano y otros (1994), plantean que, la idea de error judicial en sentido amplio ha de ser distinguida del error judicial en sentido restringido o indemnizable. En efecto, en el derecho español, siguiendo una

reconstrucción básicamente jurisprudencial, para que un error judicial de lugar a una indemnización ha de satisfacer las siguientes condiciones centrales (pp. 82 y ss.):

- a.** Ha de surgir de una decisión jurisdiccional, en cualquiera de sus formas. No puede circunscribirse, pues, únicamente a las sentencias.
- b.** Los sujetos activos deben ser, en consecuencia, jueces y magistrados, sean titulares o suplentes, o personas que ejerzan sus funciones en virtud de las distintas relaciones de servicio con la Administración de Justicia.
- c.** Los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos. Así ocurre respecto de los enunciados fácticos de las decisiones judiciales. Estos errores deben mostrarse como indubitables frente a un simple examen empírico de las actuaciones judiciales. En el caso de los errores en materia de derecho, la decisión judicial ha de conducir a un resultado absurdo o ilógico. Esto supone que las decisiones judiciales simplemente desacertadas no pueden ser consideradas como casos de error judicial indemnizable. Ni la mera revocación o anulación de una resolución judicial implica por sí sola el derecho a indemnización.
- d.** La responsabilidad indemnizatoria a la que da lugar el error judicial es puramente objetiva, no es necesario pues que el juez o magistrado haya actuado con dolo o culpa.
- e.** Sí se requiere, en cambio, que la parte supuestamente afectada por un error judicial no se haya comportado de manera dolosa o culposa. Y tampoco daría lugar a una indemnización un caso de error judicial debido

a fuerza mayor.

- f. Para que haya derecho a indemnización por causa de error judicial es necesario la acreditación de un daño efectivo, individualizable y económicamente evaluable. Y ha de haber una relación de causalidad entre el error judicial y el daño ocasionado.
- g. Finalmente, en España se exige que la declaración de error judicial la realice mediante sentencia el Tribunal Supremo y que se hubieran agotado previamente todos los recursos existentes para el supuesto damnificado. A los efectos del error judicial indemnizable.

Valeriano y otros (1994), citando a otros juristas, sostiene que, tomar en consideración el error judicial es importante porque una decisión judicial estará bien fundada cuando no padece ninguna de las múltiples formas en que puede presentarse dicho error. Según Carrió (1967) “nadie ha podido hasta ahora determinar esas condiciones necesarias y suficientes [para que la decisión judicial esté bien fundada], porque ello es imposible. Decidir que una sentencia satisface el *test* del debido proceso legal no es reconocer en ella o atribuirle una elusiva e indefinible propiedad o característica, sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial. La complejidad del acto se refleja en la riqueza y complejidad de los cánones que se usan para apreciar sus variados momentos. Son innumerables los modos en que estos cánones pueden ser transgredidos” (p. 48). Lo mismo parece estar pensando Nieto (2004) al afirmar “Por decirlo

de otra manera, para llegar a la inequívocidad es necesario que en el proceso de elaboración de la sentencia no haya ni un solo eslabón equívoco” (p. 66).

Malem y Otros (2009) presenta una tipología del error judicial en sentido amplio. Será una clasificación meramente ejemplificativa y no exhaustiva. Dado las múltiples formas que pueden adquirir los errores puede ser que una clasificación exhaustiva de ellos sea imposible. Como señala el lógico de Morgan, “no hay nada similar a una clasificación de las maneras en que los hombres pueden llegar a un error, y cabe dudar de que pueda haber alguna” (Míguez, 1987, p. 81).

Para llevar a cabo dicha clasificación Malem y Otros toman como pauta la estructura de las decisiones judiciales, ejemplificada en una sentencia. En dicho documento se observan cuatro partes bien diferenciadas. Su encabezamiento, los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo propiamente dicho. Un juez puede cometer errores en estos cuatro aspectos. No me detendré aquí en los errores que se pudieran cometer en el encabezamiento de una sentencia, aunque no se debe ignorar su pertinencia ya que tales errores suelen trasladarse al fallo, sino que me centraré en los tres últimos tipos de errores (p. 16).

### **5.1.1. Errores en los fundamentos de hecho**

Siguiendo con su análisis, Malem y otros (2009) sostienen que, los errores en los fundamentos de hecho pueden ser de dos tipos. En el primero, los errores se producen cuando los enunciados fácticos formulados por el juez no se corresponden con la realidad. Son, en ese

sentido, enunciados falsos. En el segundo, los errores se relacionan con la prueba (p. 16).

Asimismo, sostienen que, para suponer que los enunciados falsos formulados por el juez en una disposición judicial constituyen un error judicial se ha de aceptar que el juez tiene la obligación de formular enunciados verdaderos o que tiene la obligación de buscar la verdad en el proceso (p. 17). Alcanzar este ideal es tan importante que ha sido establecido como un deber del juez en algunos códigos procesales. Tal como sucede en el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* de 1988 donde se regula “el deber judicial de establecer *La verdad de los hechos controvertidos* (art. 33.4)” (Ibid.).

Esa línea Malem y Otros continúan sostienen que, tanto en el ámbito ordinario como en el mundo científico los hechos se conocen a través de la formulación de hipótesis. El supuesto más simple de error judicial en los enunciados fácticos de una sentencia se produce cuando sus hipótesis no coinciden con lo acaecido en la realidad. Y el juez también yerra cuando formula hipótesis que conducen a resultados absurdos, o hipótesis irrelevantes, o hipótesis contradictorias o cuando no formula hipótesis complementarias o secundarias necesarias para comprender el núcleo de la cuestión (Ibid.). Y no pocas equivocaciones ocurren, además, cuando el juzgador no analiza las hipótesis alternativas relevantes a la principal aceptada incluso para rechazarlas (Ibid.).

El mismo autor continua con su argumentación y refiere que, el sistema jurídico puede indicar al juez qué criterios debe seguir o, al menos, cuáles no debe seguir, en la elaboración de sus hipótesis. Así, por ejemplo, en un sistema acusatorio puro, el juez debe observar las hipótesis planteadas por las partes y de ese modo construir las suyas. Si el juez se apartara por exceso o por defecto o planteara cuestiones diferentes a las alegadas por los litigantes incurriría en un error de incongruencia. Este tipo de error, sin embargo, se diferencia de los analizados precedentemente porque aun cuando las hipótesis formuladas sean verdaderas el juez se excede en su competencia (Ibid.).

Asimismo, sostiene que, con su hipótesis ya formulada, el juez tiene que proceder a la apreciación de la prueba con el fin de corroborarla o refutarla. En este proceso el juez ha de prestar atención a tres cuestiones diferentes. La primera se relaciona con la admisibilidad de la prueba. La segunda con la comprensión del material probatorio y la tercera con la valoración de la prueba. El segundo tipo de error judicial en los fundamentos de hecho se puede producir respecto de cualquiera de estas tres cuestiones (p. 19).

Además, sostiene que, en la admisión de la prueba el juez puede incurrir en dos formas distintas de yerros. Puede admitir pruebas indebidas o puede inadmitir pruebas debidas. En el derecho español hay dos tipos de admisión de pruebas indebidas: las pruebas ilícitas y

las pruebas irregulares. Las primeras, conseguidas con violación de algún derecho fundamental, no deben admitirse y si por error se admitieran no deben producir nunca efecto probatorio alguno (Cfr. LOPJ, art. 11.1. y, por todas, STC, 56/1982, de 26 de julio). Las pruebas irregulares en cambio se producen con violación de alguna regla procesal y no deben tener efectos probatorios excepto si han sido corroboradas por otra prueba independiente (Ibid.).

En otros casos, el juez niega equivocadamente la admisión de pruebas admisibles. Los requisitos que ha de reunir un medio probatorio para ser considerado indebidamente inadmitido según la jurisprudencia del Tribunal Supremo son los siguientes. El primero es que las partes hayan propuesto la prueba en tiempo y forma. El segundo es que la prueba sea pertinente y relevante. El tercero es que, frente a la inadmisión de la prueba, la no suspensión del juicio para su práctica o la no realización de su práctica se haga constar la protesta. El cuarto es que la prueba no haya devenido imposible (Ibid.).

Firme en su argumento Malem y otros continúan planteando que, una vez admitida la prueba, el juez ha de conocer cuál es el contenido del material probatorio. Aquí el juzgador puede cometer errores en la observación y en la percepción del material probatorio. Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas y no resultan inhabituales en la práctica

forense. Su efecto más notorio es que los jueces desconocen el contenido informativo de las pruebas que practican y, por lo tanto, no pueden valorarlo adecuadamente. Las causas de tales equivocaciones son múltiples y de una naturaleza muy variada. Se pueden deber a alteraciones físicas o síquicas del observador, a sus prejuicios ideológicos, a su experiencia, su conocimiento o su cultura, o a la naturaleza excepcional del objeto observado, entre otras (pp. 19-20).

Desde el punto de vista formal, el juez se equivoca si no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual dado los hechos probados existentes en la causa hace presumir que otros están también probados por el nexo existente entre ellos. Desde el punto de vista material, la prueba no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados [o los enunciados que a ellos se refieren son falsos] o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien porque las conclusiones del razonamiento en su conjunto son contradictorias o absurdas (pp. 20-21).

El mismo autor continua con su postura y afirma que el juez puede errar en la valoración individual de la prueba. Según Döhring, “no debe dejarse engañar por la aparente confiabilidad de una argumentación, sino someter a probatura si los distintos fragmentos

de la prueba indiciaria resisten un análisis severo”. Tampoco deberá tratar de derivar demasiadas conclusiones de un solo indicio. A veces se atribuye, con cierta despreocupación, un valor excesivo a determinadas señales. Se puede pretender demasiado del material probatorio por diversos motivos; ello puede deberse, entre otras razones, a una falta de entrenamiento del juzgador en el manejo de la prueba indiciaria” (Banzhaf, 1986, p. 340).

La valoración conjunta de la prueba es equivocada cuando una vez sistematizados todos los elementos probatorios no se advierten lagunas o contradicciones entre los diversos materiales probatorios cuando los hay o se afirma que sí existen cuando son inexistentes. Y, naturalmente, cuando la propia valoración conjunta adolece de contradicciones o lagunas (Malem y Otros, 2009, p. 23).

### **5.1.2. Errores en los fundamentos de derecho**

Según Malem y Otros (2009) sostienen que los errores en los fundamentos de derecho en una disposición jurisdiccional se vinculan a su justificación normativa y pueden afectar tanto a la interpretación como a la aplicación del derecho, y pueden vincularse a disposiciones procesales y materiales (p. 23).

Dos son las nociones básicas de la idea de interpretar el derecho. La primera hace referencia a la sistematización del derecho. La segunda a la determinación del significado de los textos jurídicos dotados de autoridad (Ibid.).

La sistematización del derecho supone que solo después de realizada se puede saber qué está permitido y qué está prohibido o resulta obligatorio. De ahí su importancia. Y dado que la sistematización supone, a su vez, cuestiones lógicas resulta evidente que se pueden producir errores tanto en el procedimiento de sistematización como en el resultado obtenido por su intermedio (Ibid.).

El mismo autor cita, por ejemplo, un juez que detecte una laguna normativa o una contradicción donde no las hay respecto del caso que debe resolver o que no descubre una laguna del mismo tipo o una contradicción donde las hay respecto del caso que conoce comete un error. Esta clase de errores puede deberse a que el juez no ha realizado una sistematización completa o no lo ha hecho adecuadamente. Estos errores de sistematización, naturalmente, se suelen trasladar a la elección de la norma aplicable y, por ende, al fallo (p. 25).

Carrió (1961) sostiene que puede haber errores en la determinación del significado de una disposición jurídica. Respecto de las disposiciones que poseen un núcleo de significado claro y zonas de penumbra dónde puede existir discrepancia acerca de lo que ellas denotan (pp. 152-153), la negación por parte del juez intérprete del significado central de la disposición interpretada sería un error. Respecto de la zona de penumbra, el juez tiene discrecionalidad para decidir qué queda denotado, sin incurrir en la arbitrariedad (Malem y Otros, 2009, p. 25).

El mismo autor refiere los errores de interpretación del derecho pueden deberse a diversos factores. En primer lugar, puede ser que el juez aplique un criterio interpretativo prohibido por el derecho. Un ejemplo típico sería si el juez utiliza la analogía en materia penal con perjuicio de la posición del acusado (STC, 75/1984, de 27 de junio).

Asimismo, menciona, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostiene que la garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera la aplicación analógica *in pejus* de las normas penales o, dicho, en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude de ley se extendiera a supuestos no explícitamente contemplados en ellas, la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica (STC, 75/1984, de 27 de junio).

En segundo lugar, habría un error de interpretación si el juez decide utilizar cualquier criterio interpretativo cualquiera sea el contexto en el que se encuentre el texto a interpretar. Que no haya un orden lexicográfico para el uso de los criterios interpretativos no significa que se pueda utilizar cada uno de ellos de forma indistinta o arbitraria (p. 27).

En tercer lugar, otro error de interpretación consiste no ya en elegir equivocadamente el criterio interpretativo, sino en hacerlo operar de un

modo incorrecto, violentando sus límites o las reglas de su propio funcionamiento. Eso sucedería si un juez utilizara, por ejemplo, la interpretación por analogía para extender una materia que el legislador ha pretendido regular restrictivamente, para restringir derechos o para suplir la falta de desarrollo legal, entre otros supuestos (Ganuzas, 2006, pp. 30-31).

En cuarto lugar, el juez puede interpretar equivocadamente el derecho porque opera mal con las distintas piezas del derecho, por carecer de la información suficiente para hacerlo correctamente o por cualquier otra causa. Un ejemplo. Los jueces tienen la potestad, y en ocasiones la obligación, de establecer fianzas. Sin embargo, en raras ocasiones la ley le dice cuál debe ser el importe de las mismas. Por ello, en la mayoría de los supuestos, el juez tiene discrecionalidad para fijar la cantidad que ha de ser ofrecida como fianza. Sin embargo, el juez se equivoca cuando fija una fianza excesiva o desproporcionada, ya que dicho error puede implicar su inconstitucionalidad si la vuelve imposible de satisfacer para quien debe soportarla (Auto TS, de 27 de abril de 1993 (RJ 1993/3286) (p. 28).

Otra fuente de error judicial en la interpretación del derecho ocurre como consecuencia de la equivocada actuación del juez al operar con los principios, otras de las piezas importantes del derecho. Un principio es una norma cuyo conjunto de propiedades que regulan el caso y que determinarán su alcance y cuyo valor justificatorio o peso son abiertos en el sentido en que no están plenamente determinados como en el caso de una regla de acción (p. 29).

En términos de Malem y Otros (2009), al operar con principios, el juez puede cometer dos tipos diferentes, aunque vinculados, de errores. El primero está relacionado con la determinación de las propiedades del caso genérico que regula el principio; esto es, cuando transforma el principio en reglas. En segundo es con la asignación del peso a un principio en un determinado litigio. Estos dos tipos de errores se suelen englobar bajo el nombre genérico de errores en la ponderación (Ibid.).

Asimismo, el autor sostiene que un error en la determinación de las propiedades que forman el antecedente de la regla que surge del principio para la solución del caso concreto se produce cuando el juez no toma en cuenta propiedades relevantes, introduce propiedades irrelevantes o propiedades redundantes que no completan el principio, o introduce propiedades contradictorias que lo vuelven inaplicable (STC, 15/1993, de 18 de enero, española).

En el primer supuesto, el juez ha de tomar en consideración si la regla o la medida administrativa reúnen los requisitos de necesidad e idoneidad. La idea de necesidad supone que aquello que contradice el principio no resulta superfluo, ni puede ser alcanzado por otros medios concordantes con dicho principio. La idea de idoneidad supone que el contenido de la norma o medida gubernativa que colisiona con el principio es adecuada para la consecución de los objetivos previstos. Una vez evaluada la existencia de estos requisitos, el juez debe realizar el juicio de proporcionalidad (Gascón y García, 2005, p. 303). Si la regla o medida gubernativa no satisface los

requisitos de necesidad e idoneidad y, a pesar de ello, el juez hace decaer el principio que se les opone comete una equivocación (p. 30).

En la hipótesis en la que se ven involucrados dos principios que, en un caso concreto, colisionan entre sí, el fracaso en la ponderación puede deberse a que el juez yerra en el juicio de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad implica que el juez ha de hacer un cálculo de consecuencias tanto sobre el principio que se sacrifica como sobre el que se potencia proporcionalidad (Gascón y García, 2005, pp. 303 y ss). Si este cálculo está mal realizado, el juez que lo hace comete un error y su decisión debe ser revisada por la instancia superior si ello es posible. Esto es lo que suele afirmar a menudo el Tribunal Constitucional cuando sostiene que “el Tribunal puede, mediante el recurso de amparo, revisar si la ponderación realizada por los jueces es la adecuada y en caso contrario restituir el necesario equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto” (Auto TC, 20/1993, de 21 de enero) (Ibid.).

Es evidente que uno de los casos más flagrantes de error en el juicio de proporcionalidad se produce cuando en la ponderación no se toma en consideración uno de los principios en liza. Pero ese no es el único supuesto de error, los jueces se equivocan asimismo cuando yerran en el cálculo de proporcionalidad una vez que se han identificado y evaluado los principios que colisionan. Aquí la casuística es enorme (p. 32).

### 5.1.3. Errores en la aplicación del derecho

Malem y Otros (2009) citando a Dworkin (1984) sostiene que, existen errores en la aplicación del derecho cuando se aplican normas que no son aplicables o no se aplican normas que son aplicables. En palabras de Dworkin, “cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa, sino que debe seguirla si viene al caso, y que, si no lo hace, habrá cometido por ello un error” (p. 88).

Uno de los errores más comunes en la aplicación del derecho consiste en tratar de resolver un diferendo judicial mediante la aplicación de una norma derogada. Este es un error más frecuente del que cabría pensar, sobre todo en ámbitos donde los cambios normativos ocurren con asiduidad como en materia de seguros y de seguridad social (Malem, 2009, p. 33).

Siguiendo con su análisis Malem sostiene que, otro de los errores que puede cometer un juez en la aplicación del derecho sucede cuando decide una cuestión que en sus elementos subjetivos y en sus elementos objetivos ha adquirido la calidad de cosa juzgada. También ocurre cuando supone equivocadamente que hay cosa juzgada sobre un determinado asunto no habiéndola y decide en consecuencia (Ibid.).

Asimismo, refiere que, no resulta inusual observar la equivocación que supone por parte de los tribunales españoles la inaplicación, cuando su aplicación es preceptiva, de la normativa de la Unión Europea, del derecho extranjero y de la costumbre (p. 34).

Además, el mismo autor, sostiene que los errores judiciales en la

calificación jurídica tampoco son infrecuentes. Los errores en la calificación suceden cuando no se ha subsumido correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso en el supuesto de hecho de una norma. Para quienes sostienen que la calificación jurídica involucra una operación conceptual, los fallos cometidos en esta sede han de ser puramente lógicos (Ibid.).

Finalmente, Malem plantea que los jueces pueden cometer errores en el fallo propiamente dicho. Estos pueden ser de distintos tipos. El primero es cuando se condena a alguien por algo que no hizo. Es un error manifiesto y tal vez el más trágico. Y, asimismo, cuando se absuelve a alguien que merecía ser condenado. Pero además las equivocaciones del juzgador se producen si decide más allá, por defecto o por exceso, de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio (en ese sentido, según el Tribunal Supremo, STS, 978/1998, de 27 de octubre). O si su fallo es ilógico por contradictorio o no se sigue de las premisas fácticas y jurídicas establecidas en los fundamentos de hecho y de derecho, respectivamente (Ibid.).

## **5.2. Los jueces crean derecho**

### **5.2.1. La justificación de la decisión judicial**

Malem citando a Alchourrón & Bulygin (1991) sostiene en principio, una norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello los considerandos deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. El fundamento fáctico

consiste en la descripción del caso individual y la constatación de que ese caso individual es una instancia de un cierto caso genérico, esto es, que el caso individual tiene la propiedad definitoria de un determinado caso genérico. Esta operación se llama habitualmente “subsunción” (pp. 303-328).

Asimismo, Bulygin (2003) sostiene que el fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que su decisión esté justificada, el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente. Cuando el juez condena a Pedro a 12 años de prisión por haber matado a Juan, debe mostrar que la conducta realizada por Pedro es un homicidio y que la pena impuesta está dentro del marco fijado por la norma del código penal que pena el homicidio (p. 13).

Asimismo, Malem citando a Kelsen, sostiene que, para sostener que el juez siempre crea derecho, Kelsen se basa en dos argumentos: 1) La sentencia del juez es producto de un acto de voluntad y no de mero conocimiento y 2) en la sentencia se concretan una serie de elementos que en la norma general aplicada sólo son mencionados en forma abstracta (por ejemplo, la identificación del condenado, el monto de la pena, el lugar en que debe cumplirse, etc.). La norma general señala un marco de posibilidades que el juez llena al elegir una de ellas cuando crea la norma

individual. Por ejemplo, si la norma del código penal establece para el homicidio una pena de prisión entre 8 y 25 años y el juez fija 12 años, su decisión (solución individual) corresponde a la solución genérica (p. 14).

Por su parte Bulygin (2003), explica que ambos argumentos pueden ser admitidos sin dificultad, pero de ahí no se sigue la conclusión que Kelsen pretende sacar. Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de “creación del derecho”. Bulygin, ha sostenido en otra oportunidad que el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador (pp. 355-369) y está dispuesto a mantener esta tesis. Pero ya ha visto que de acuerdo a la doctrina tradicional esto es precisamente lo que el juez no debe hacer, pues debe fundar su decisión en el derecho, es decir, en las normas generales creadas por el legislador. La pregunta es ¿qué debe y qué puede hacer el juez cuando el derecho no soluciona su caso, es decir, frente a una laguna, si es que hay tal cosa como laguna normativa? (Ibid.).

### **5.2.2. Lagunas normativas**

Malem citando a Bulygin (2003) continúa estableciendo que, frente al problema de las lagunas normativas, los filósofos del derecho han adoptado actitudes muy dispares. Cabe distinguir básicamente tres posiciones (p. 14):

- i. Teorías que consideran que el derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. Kelsen es el representante más conocido de esta tendencia, que es compartida por muchos teóricos.
- ii. Teorías que consideran que, aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales preexistentes. (Destacados representantes de esta posición son Ruiz y Atria) (Oxford, 2002, p. 97).
- iii. Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y por lo tanto contingente (tesis defendida en *Normative Systems*) (Atria, 2003, p. 56).

Las teorías que admiten la existencia de lagunas (grupo III) consideran que los jueces tienen discrecionalidad para resolver los casos en los que no hay regulación jurídica (casos de lagunas normativas). Para las teorías del grupo I, en principio no hay discrecionalidad porque no hay lagunas, pero puede haberla si el orden jurídico autoriza a los jueces a apartarse del derecho (Bulygin, 2003, p. 15).

Malem prolonga su argumentación y refiere que, Bulygin sostiene que, el principal argumento que esgrimen los autores que niegan la

existencia de lagunas está basado en el famoso principio “Todo lo que no está prohibido, está permitido” que llamaré “Principio de Prohibición”. Según Kelsen, este principio forma parte de todo orden jurídico. La idea central es que el derecho prohíbe ciertas conductas, y las demás conductas, al no estar prohibidas, están permitidas. Por lo tanto, todas las conductas tienen un status normativo (como prohibidas o como permitidas). Ergo no hay conductas no reguladas por el derecho (p. 15).

Además, sostiene este argumento es una falacia, basada en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, por un lado, y entre diferentes sentidos del término “permitido”, por el otro (Ibid.).

Las normas son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas (en determinadas circunstancias); las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que informan acerca de la existencia de normas. Las normas pueden ser calificadas de válidas o inválidas, eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o desobedecidas, pero no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas y no son válidas ni inválidas. A pesar de estas claras diferencias, tanto unas como otras pueden ser expresadas mediante las mismas palabras. “Prohibido fumar” puede ser expresión de una norma o de una proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe fumar. Esta ambigüedad suele dar lugar a no pocas confusiones (Bulygin, 2003, pp. 14-15).

Para Bulygin, el término “permitido” es, a su vez, ambiguo. Cuando figura en una norma, es decir, cuando es usado prescriptivamente, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”. Pero cuando figura en una proposición normativa, “permitido” puede significar dos cosas distintas. Al decir “p está permitido” puedo querer decir, por un lado, que no existe una norma que prohíba p (permisión débil o negativa) o, por el otro, que existe una norma que permite p (permisión fuerte o positiva) (p. 16).

Bulygin, continua su argumentación señalando que, cabe preguntarse si el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” es una norma o una proposición normativa. Si es una norma que permite todas las conductas que no están prohibidas por otras normas, entonces – como toda norma– es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico. Si es una proposición normativa, caben dos posibilidades: o bien “permitido” significa “no prohibido” (permisión negativa o débil), o bien significa permisión fuerte o positiva. En el primer caso, el Principio de Prohibición es necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues sólo dice que lo que no está prohibido no está prohibido. Esto es totalmente inocuo y perfectamente compatible con la existencia de lagunas. Si, en cambio, “permitido” significa permisión fuerte o positiva, entonces el Principio dice que si una conducta no está prohibida hay una norma que la permite. Esto es claramente falso: del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva

no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. Resumiendo, el Principio de Prohibición como norma es contingente y como proposición normativa es o bien vacuo, o bien, falso. En ningún caso puede apoyar la tesis de que el derecho es necesariamente completo (Malem, 2009, p. 17).

Asimismo, Bulygin citando a Kelsen (1941) sostiene que, Kelsen parece recurrir al Principio de Prohibición en su versión fuerte, para lo cual intenta probar que frente a una conducta  $p$ , siempre hay una norma aplicable: o bien una norma que prohíbe  $p$  o bien la norma negativa que establece la libertad “de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado”. “Es esta norma negativa la que viene a aplicarse en la decisión con que se rechaza una pretensión que está dirigida a una conducta no convertida en deber” (p. 139). Esto presupone la verdad del Principio de Prohibición en su versión fuerte. Pero ya hemos visto que en su versión fuerte el principio es falso: nada autoriza a pensar que en todo orden jurídico exista una norma que permite toda conducta no prohibida. En la segunda etapa, Kelsen cambia su planteo. Ya no pretende que en todo orden jurídico haya una norma que permite lo que no está prohibido; ahora sostiene que cuando no hay una norma aplicable, se aplica todo el orden jurídico, esta vez en virtud de la versión débil del Principio de Prohibición: toda conducta no prohibida está (débilmente) permitida. Pero la permisión débil es perfectamente compatible con la presencia de una laguna. De ahí la conclusión a la que llegamos en *Normative Systems* de que en el caso de una laguna normativa el juez no tiene la obligación

de condenar al demandado, ni tampoco la de rechazar la demanda. Lo único a que está obligado es a dictar sentencia y lo puede hacer de cualquiera de las dos formas posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras, el juez puede decidir discrecionalmente el caso individual (Bulygin, 2003, p. 17).

### 5.2.3. Creación judicial del derecho

En términos de Bulygin (2003), la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales que difícilmente puede considerarse como creación del derecho, sino porque los jueces crean también normas generales. Esto ocurre no sólo con los acuerdos plenarios de las cámaras de apelación o ciertas sentencias del tribunal supremo. También los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas y también en casos de lagunas axiológicas. (Como hemos visto, esto último lo admite el mismo Kelsen). Pero esta creación judicial de las normas generales difiere en importantes aspectos de la creación legislativa. En primer lugar, las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias para todos y en especial para todos los jueces. En cambio, las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general “creada” por un juez

en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial (pp. 18-19).

La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 74). Pero la derogación (ya sea total o parcial) de normas forma parte de la actividad típicamente legislativa, que la doctrina tradicional atribuye con exclusividad a los legisladores (Bulygin, 2003, pp. 24-25).

### **5.3. Criterios para elaborar una resolución bien argumentada**

León (2008), precisa que, normalmente los problemas que ofrece una redacción farragosa e incomprensible no sólo se deben a un pobre empleo del lenguaje, sino que evidencian problemas de razonamiento que son finalmente expresados en la resolución. Por ello, toda deficiencia en la comunicación escrita supone ciertos problemas en el raciocinio, en la medida en que el lenguaje,

siendo vehículo de pensamiento, fracasa al ser empleado pobremente en la fase de análisis del tema, materia de estudio (p. 19).

León, continua con su propuesta de elaborar una resolución bien argumentada, para ello, propone seis criterios que tienen relación con el empleo de técnicas argumentativas y de comunicación escrita cuyo empleo eficiente aseguraría una argumentación cumplida y bien comunicada (pp. 19-21).

### **5.3.1. Orden**

Luego de más de diez años de analizar resoluciones judiciales, podemos afirmar que el orden en el planteamiento de los problemas jurídicos es esencial para la correcta argumentación y comunicación de una decisión legal. El orden racional tal cual ha sido explicado antes, supone la presentación del problema, el análisis del mismo y el arribo a una conclusión o decisión adecuada. Lamentablemente en nuestro medio muy pocas resoluciones judiciales, administrativas y de control interno proponen claramente esta estructura. De esta manera, confunden los problemas centrales o desvían su argumentación. Al mismo tiempo, el desorden argumentativo confunde al lector que no sabe cuál es el problema que la resolución pretende atacar, con la consiguiente pérdida de tiempo e interés para el lector externo (Ibid.).

### **5.3.2. Claridad**

Es otro de los criterios normalmente ausentes en el razonamiento jurídico local. Consiste en usar el lenguaje en las acepciones

contemporáneas, usando giros lingüísticos actuales y evitando expresiones extremadamente técnicas o en lenguas extranjeras como el latín. La claridad exigida en el discurso jurídico hoy, contraviene la vieja tradición erudita y elitista del lenguaje legal dogmático. La claridad no implica un desprecio por el lenguaje dogmático, sino que lo reserva para los debates entre especialistas en materia legal (Ibid.).

La claridad supone encontrarse en el marco de un proceso de comunicación donde el emisor legal envía un mensaje a un receptor que no cuenta necesariamente con entrenamiento legal. De hecho, en el marco del proceso disciplinario, el funcionario de control que emite una decisión la dirige a un receptor entrenado en derecho, un funcionario de la administración de justicia. Sin embargo, por la relevancia que normalmente adquiere esta actividad en el ámbito público, normalmente estas decisiones son comentadas en los medios de opinión pública o son directamente publicadas por la administración. En consecuencia, el receptor termina siendo no sólo el magistrado o auxiliar involucrado, sino también el gran público. Por ello, el lenguaje debe seguir pautas para que el receptor no legal logre la comprensión del mensaje (p. 20).

### **5.3.3. Fortaleza**

Las decisiones deben estar basadas, de acuerdo a los cánones constitucionales y de la teoría estándar de la argumentación jurídica, en buenas razones que las fundamenten jurídicamente. Es ya extendido el criterio establecido por el Tribunal Constitucional mediante el cual la

garantía de la motivación de las decisiones judiciales se ha ampliado a la justicia administrativa e incluso a las decisiones en los ámbitos de la vida social o societaria privadas (Ibid.).

Las buenas razones son aquellas que encuentran base en la interpretación estándar del derecho positivo vigente, en las razones asentadas en la doctrina legal y en las adoptadas en los criterios que la jurisprudencia (vinculante o no) va desarrollando caso por caso. Todo esto en el plano normativo (Ibid.).

En el plano fáctico, las buenas razones son las que permiten conectar el razonamiento que valora los medios probatorios con el establecimiento de cada hecho relevante en cada caso concreto (Ibid.).

Ahora será suficiente afirmar que el grado de calidad y de justicia de una decisión sólo es posible de ponderar al comparar la decisión con las razones que sirvieron de base para adoptarla. Sin razones o con razones aparentes o confusas, la decisión deviene en irracional e irrazonable (Ibid.).

#### **5.3.4. Suficiencia**

Las razones pueden ser suficientes, excesivas o insuficientes. Una resolución fuerte es aquella que tiene razones oportunas y suficientes. Las resoluciones insuficientes los son por exceso o defecto. Lo son por exceso cuando las razones sobran (son inoportunas) o son redundantes. La mayoría de las decisiones adoptadas en sede judicial son insuficientes en

este sentido porque son resoluciones redundantes que repiten innecesariamente varias veces los mismos argumentos (Ibid.).

Pero la insuficiencia también se puede presentar cuando faltan razones. Aquí el problema también puede ser percibido como una debilidad o falta de fortaleza argumentativa. Por tanto, cuando predicamos falta de suficiencia en la argumentación, nos referimos centralmente al problema de la redundancia (p. 21).

### **5.3.5. Coherencia**

Esta es la necesidad lógica que tiene toda argumentación de guardar consistencia entre los diversos argumentos empleados, de tal manera que unos no contradigan a otros.

Normalmente las decisiones revisadas en esta consultoría han permitido establecer que no hay problemas serios o notorios de falta de coherencia entre los argumentos propuestos en las resoluciones (Ibid.).

### **5.3.6. Diagramación**

Asimismo, León, sostiene que, es la debilidad más notoria en la argumentación judicial. Supone la redacción de textos abigarrados, en el formato de párrafo único, sin el debido empleo de signos de puntuación como puntos seguidos o puntos aparte que dividan gráficamente unos argumentos de otros. Supone el empleo de un espacio interlineal simple que dificulta severamente la lectura de la argumentación o no ayuda a comprender las relaciones sintácticas entre unas ideas y otras. En general,

este estilo es muy poco amigable con el lector y muchas veces resulta oscuro y confuso (Ibid.).

Una diagramación amigable supone:

- ✓ El uso de espacio interlineal 1.5 o doble espacio.
- ✓ Párrafos bien separados unos de otros.
- ✓ Que en cada párrafo haya sólo un argumento y que cada argumento se presente en un solo párrafo.
- ✓ Que cada párrafo sea debidamente numerado para que cuando se cite un argumento anterior no redunde sobre el mismo, sino simplemente se remita a su número correspondiente.

Finalmente, León precisa que, una diagramación adecuada también supone que, si la argumentación es extensa porque así lo amerita la complejidad del caso, se empleen subtítulos seguido de una redacción sintetizada para ayudar al lector a una mejor comprensión del argumento.

#### **5.4. La ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales según la Casación N° 1382-2017, Tumbes**

La racionalidad del derecho, se configura como un criterio diferenciador de la ilogicidad de la motivación de las resoluciones judiciales. Por ello, la racionalidad de la toma de decisiones judiciales tiene que estar muy lejos de la ilogicidad; solo así, el Estado peruano logrará un derecho racional.

##### **5.4.1. Motivación de resoluciones judiciales**

La Corte Suprema sostiene que, la debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a la posible arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente; esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y suficientes, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional *“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 sustentan”*. Queda claro, entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: a) se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, b) es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, c) implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y d) la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito.

La garantía de la motivación de las resoluciones judiciales ha sido materia de pronunciamiento en reiterada jurisprudencia, expedida tanto por esta Suprema Corte como por el Tribunal Constitucional. Así, en el Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la

República, en el fundamento jurídico undécimo, expresaron lo siguiente:

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental [...]. La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación, que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [sic].

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento jurídico sexto, sostuvo lo siguiente:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para

someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

Ahora bien, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional estableció los siguientes supuestos de vulneración efectiva de la garantía de motivación de resoluciones judiciales, entre ellas:

- a. Inexistencia de motivación o motivación aparente**, se estará ante este supuesto cuando en la resolución judicial no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo se intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b. Falta de motivación interna del razonamiento**, esta se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.
- c. Deficiencias en la motivación externa**, justificación de las premisas, esto es, cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en

aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

**d. La motivación insuficiente.** 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, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante 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.

**e. La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones 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 [...]. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco de debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de sentencia.

**f. Motivaciones cualificadas.** Finalmente, el Tribunal Constitucional sostiene que, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como

producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido 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.

**Interpretación del numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal: “Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor”**

En esa línea de postura la Corte Suprema de Justicia del Perú, continua su argumentación sosteniendo que, dentro de las causales para interponer el recurso de casación, en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, se establece la siguiente: “Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor”. Esta causal tiene como fuente el literal e) del artículo 606 del Código de Procedimientos Penales de Italia. En efecto, en dicho artículo se establece lo siguiente:

*Artículo 606 (Causales del recurso)- 1.* El recurso de casación puede ser planteado por los siguientes motivos: [...]

Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulta del texto de la resolución impugnada (Art. 606 (Casi di ricorso)).

Asimismo, la Corte Suprema tomando como referencia diversas normas internacionales sostiene que, la recepción de la fuente italiana, en su exacto contenido literal, plantea algunas cuestiones que deben ser aclaradas. En principio, la norma presenta dos supuestos. El primer supuesto se refiere a la “falta de motivación”. En tanto que el segundo supuesto alude a “la manifiesta ilogicidad en la motivación”. Luego, en la medida que estas causales han sido tomadas, tal cual del ordenamiento procesal penal italiano, se ha introducido un neologismo: “ilogicidad” en la motivación. No existe en el diccionario de la lengua de la Real Academia Española, un término como el traducido del italiano y que tiene, por lo demás, términos equivalentes en otras lenguas. Así, en el inglés se utiliza el término *illogicality*, y significa falta de sentido o claridad en el razonamiento (*Lacking sense or clear, sound reasoning.*). Igualmente, en el francés se encuentra el término *illogicité*, que significa contrario a la lógica, a la racionalidad (*Contraire a la logique, a la rationalité*). En el alemán se usa el adjetivo *unlogish* para designar aquello que es contrario a la lógica. Finalmente, en italiano se alude al sustantivo *illogicità* para designar el hecho de ser ilógico o la falta de logicidad. En sentido concreto, la ilogicidad es el razonamiento, discurso o acto ilógico (*Il fatto di essere illogico, mancanza di logicità*).

Para una mejor comprensión del tema desarrollado, la Corte Suprema, en función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, señala que la ilogicidad es lo contrario a la lógica. A su vez, la lógica es el

razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente, sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, la ilogicidad, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, podría ser definida como aquella –motivación– que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones (artículo 606 “e” del Código de Procedimientos Penales Italiano). En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Es de considerar adicionalmente que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente. En este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado, señalando que la manifiesta ilogicidad de la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada a la tutela del derecho y a la motivación de las resoluciones judiciales (Casación N° 60-2010-La Libertad, fundamento jurídico tercero). En el ámbito probatorio, la razonabilidad del juicio del juez, a efectos de un control casacional, descansa ya no en la interpretación de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria, debe estar conforme con las reglas

de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos (Casación N° 482-2016-Cusco, fundamento jurídico sexto).

Así, la Corte continúa su argumentación, estableciendo que, en cuanto a la falta de motivación, esta se encuentra relacionada a la ausencia absoluta del sustento racional que conduce al juzgador a tomar una decisión. En otras palabras, cuando no exista argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juez en la resolución de un caso sometido a su competencia, por ejemplo: cuando se enumeren los medios de prueba en la sentencia, sin llegar a analizarlos. La mera enunciación, en rigor, no conduce a establecer una afirmación. Es el proceso intelectual de valoración el que viabiliza la acreditación de un suceso fáctico. Cabe precisar que existirá falta de motivación, también, cuando esta sea incompleta; esto es, cuando se eluda el examen de un aspecto central o trascendente de lo que es objeto del debate, el cual puede comprender la omisión de evaluación a una prueba esencial que acredite el injusto típico. En conclusión, a diferencia de la exigencia cualificada para el caso la ilogicidad en la motivación, en este supuesto, el legislador abarca como motivo casacional tanto la total falta de motivación como la insuficiencia de motivación.

Asimismo, este organismo autónomo plantea que, este supuesto guarda relación con lo que el Tribunal Constitucional ha llamado inexistencia de motivación o motivación aparente; esto es, cuando en la resolución no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o esta no responde a las alegaciones de las partes del proceso o solo se

intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. Este Tribunal Supremo, en el Recurso de Casación N° 1313-2017-Arequipa, del veintinueve de mayo de dos mil dieciocho, fundamento jurídico 5.2., precisó que la motivación es aparente cuando la resolución incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto de que no explique la causal de su convicción. Es decir, cuando se advierta que del propio tenor de la resolución se evidencie falta de motivación, el recurso de casación ha de ser estimado.

Finalmente, en ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución, esto es, del propio contenido de lo expuesto por el juzgador en la resolución, al momento de resolver un caso. La determinación de la falta de motivación o su manifiesta ilogicidad debe evidenciarse con la sola lectura de la decisión cuestionada, y no ser producto de una interpretación o del examen de los acompañados o recaudos. La identificación del vicio debe sujetarse a la literalidad del texto.

#### **5.5. La manifiesta ilogicidad en la motivación de las resoluciones judiciales desde la perspectiva de la Casación N° 1078-2019, Lambayeque**

Como hemos visto en el punto anterior, la falta de motivación de las resoluciones judiciales o la manifiesta ilogicidad, hace que la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano, este cada vez más distante de la racionalización del derecho.

### 5.5.1. Motivación de las resoluciones judiciales

Para la Corte Suprema, la debida motivación de una resolución judicial deviene en garantía frente a la posible arbitrariedad judicial, implicando ello la imperatividad que las decisiones sean erigidas bajo sólida justificación externa e interna; esto es, que lo decidido sea consecuencia de un razonamiento coherente, objetivo y suficiente. Dicha garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual es principio de la función jurisdiccional: *“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 sustentan”*.

En cuanto a esta salvaguarda, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario número 06-2011/CJ-116, fundamento jurídico undécimo, expresaron lo siguiente:

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139.5 de la Ley Fundamental [...]. La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación, que

permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión [sic].

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC-Lima, fundamento jurídico décimo, sostuvo lo siguiente:

Toda resolución que emita una instancia jurisdiccional [...] debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión [...]. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican [...]. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

### **5.5.2. Manifiesta ilogicidad de la motivación**

La causal en análisis, como indicara este Supremo Tribunal en la Casación N° 790-2019-La Libertad, del veintiséis de abril del 2019, nos posiciona frente a la lógica, esto es, bajo la expectativa y ángulo de una motivación con dicho talante, no considerado puramente formal, sino con el sentido de verificar si el *ad quem* otorgó razón al juicio de valor esgrimido en su sentencia, donde los hechos deben mostrarse a la luz de la materialidad de los medios probatorios, selección, valoración, y

determinación de conclusiones fácticas que de ellos fluyan (proceso lógico seguido por el *ad quem*); mientras el derecho deberá estar constituido por reglas legales que presidan tal razonamiento; todo lo cual permitirá informar si nos encontramos o no, ante una sentencia arbitraria o que ha violentado las máximas de la experiencia (De La Rúa, 2006, pp. 145-148).

Así, De La Rúa continúa su argumentación, estableciendo que, estando a lo anotado, al expedirse una sentencia, esta debe contener congruente relación entre las premisas establecidas y las conclusiones a las cuales se arriba, enlazadas con el razonamiento de los jueces; exigencia necesaria para obtener control positivo sobre la logicidad del fallo que deberá satisfacer las siguientes características: a) ser coherente, esto es, exponer razonamientos armónicos entre sí; b) ser derivada, es decir, respetar el principio de razón suficiente, constituido por inferencias razonables colegidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de las cuales se vayan determinando; así como c) ser adecuada a las normas de la psicología y la experiencia común, la primera considerada como ciencia empírica del pensamiento, la cual debe ser aplicada en la valoración probatoria; mientras la segunda, lo constituye aquellas nociones atinentes al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles (pp. 162-163). Para la Corte Suprema, amerita destacar que para estar ante una sentencia inválida por ilogicidad, el vicio debe ser decisivo sobre

cuestión esencial o relevante, o con interés jurídico que trastoque los parámetros enunciados en los fundamentos décimo y decimoprimeros de esta ejecutoria; es más, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución.

En esa línea de la Corte Suprema, al cual nos adherimos, la ilogicidad de la motivación debe manifestarse con su sola lectura, la cual denote falta de corrección en la argumentación (Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7). En ese escenario, la potestad de control casacional por el Tribunal Supremo en la determinación del vicio en la motivación, materia de pronunciamiento, posee base legal (Casación N° 334-2019-Ica) siendo necesario proceder conforme corresponde.

Bajo los conceptos brindados por la Corte, continúa sosteniendo que, es menester enfatizar que uno de los defectos coadyuvantes a menoscabar la garantía, a la debida motivación de una resolución judicial, en su manifestación lógica, radica en la emisión de juicio o raciocinio incongruente o impertinente en una sentencia, lo cual alude a aquella consideración o consideraciones mediante las cuales se evade abordar el aspecto medular de la controversia con argumentos intrascendentes para la resolución válida del caso. En otras palabras, cuando se esgrimen razones fútiles, las cuales generarán como consecuencia inferencias equívocas, lejanas a lograr determinar la verdad material de los hechos, distorsionando, en rigor, el objetivo del proceso penal y, por ende, el camino para arribar al mismo.

Finalmente, este organismo autónomo concluye que, un razonamiento impertinente o incongruente deviene en opuesto a la pertinencia o congruencia; por ejemplo, cuando se aduce relevancia a contar con medios probatorios no existentes en autos y ajenos a la naturaleza del delito en ciernes, así como al bien jurídico tutelada materia del proceso penal, soslayando la evaluación conjunta de todos aquellos actuados en el juzgamiento, ponderados acorde con el ordenamiento legal aplicable.

## **5.6. Modalidades de ilogicidad en la motivación de las decisiones judiciales según la Casación 179-2018, Ica**

Según Viza (2020) en su libro *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*, emitidas por las salas penales de la Corte Suprema de Justicia durante el periodo 2016 – 2019, sostiene:

### **5.6.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales**

Viza (2020) sostiene que la sentencia emitida en cualquier proceso judicial, es el punto culminante de la actividad probatoria, contiene la decisión destinada a resolver una controversia; por tanto, se espera que la sentencia - favorable o adversa para las partes procesales- exprese suficientemente en sus fundamentos las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión (p. 359).

Asimismo, la motivación está estrechamente vinculada a la interpretación de la norma y valoración de la prueba, la cual es no solamente una actividad enunciativa y descriptiva, sino también creativa a través de un juicio lógico y axiológico que el Juez realiza (Ibid.).

El autor continúa su argumentación, estableciendo que, ese deber de motivar es un mandato imperativo que todo Juez ejerce en su función jurisdiccional, es por eso que la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 12, taxativamente prevé (p. 361):

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. (...).

También precisa que, por su parte el artículo 139.5 de la Constitución Política del Estado, establece como 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 expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los

magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...) (STC 00896-2009-PHC/TC Fj. 7).

### **5.6.2. Control de logicidad de las sentencias**

Viza (2020), plantea que, toda sentencia es susceptible de ser examinada por las partes procesales, quienes esperan del Órgano Jurisdiccional un pronunciamiento motivado, comprensible y una explicación de las razones que da el Juez a favor de su decisión. La disconformidad de las partes, sustentada en alguna causal prevista taxativamente en la norma, habilita a las partes a interponer ante el superior un recurso de apelación, donde se realiza el control de la lógica empleada en la motivación de la sentencia (p. 362).

El mismo autor, mencionando a Girardi (1997), realiza la siguiente precisión: Se ha llamado control de logicidad al examen que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los Jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. En otras palabras, se quiere controlar el cumplimiento de reglas que rigen el pensar, esto es, se controlan los errores in cogitando (p. 106).

### **5.6.3. Definición de ilogicidad en nuestra hermenéutica**

Viza continúa su argumentación, estableciendo que, la ilogicidad en la motivación se presenta cuando una sentencia contiene premisas tan vagas, generales, inocuas o absurdas que se desconoce el criterio jurídico que siguió el Juez para dictar su decisión, ello obviamente imposibilita a los particulares

conocer cuáles son los motivos o en que se fundamentó el juez para decidir un determinado caso (p. 362).

Asimismo, sostiene que, la ilogicidad no solo se presenta en la motivación, sino también en la valoración de la prueba y se presenta generalmente cuando en el desarrollo valorativo de la apreciación de la prueba se inobserva las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, esta se trasluce cuando en el análisis de la prueba se evidencia que la operación intelectual cumplida por el Juez lejos de ser coherente, lo lleva a premisas falsas o conclusiones abiertamente contradictoria entre sí o incoherentes con ausencia notoria de motivación o existe motivación incompleta o motivación incongruente (Ibid.).

El mismo autor, profundizando su análisis establece que, en función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, podríamos señalar que la ilogicidad es lo contrario a la lógica. La lógica es el razonamiento intelectual en el que las ideas se manifiestan o se desarrollan de forma coherente, sin que haya contradicciones entre sí. Por tanto, la ilogicidad, en el ámbito de la garantía de la motivación de las resoluciones, podría ser definida como aquella –motivación– que es contraria al razonamiento coherente o libre de contradicciones. En sentido opuesto, una motivación lógica es la que evidencia un razonamiento debidamente estructurado entre sus premisas y la conclusión. Es de considerar adicionalmente que la ilogicidad a la que alude el legislador debe tener una especial intensidad. El defecto de motivación por ilogicidad debe ser

manifiesto; esto es, un vicio patente, claro, grosero, evidente (Casación 1382-2017-Tumbes) (p. 363).

En este sentido, Viza ha determinado que, la Corte Suprema se ha pronunciado, señalando que la manifiesta ilogicidad de la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada a la tutela del derecho y a la motivación de las resoluciones judiciales (Casación 60-2010-La Libertad).

Finalmente, el mismo autor ha establecido que, en el ámbito probatorio, la Corte Suprema también ha indicado que la razonabilidad del juicio del juez, a efectos de un control casacional, descansa ya no en la interpretación de las pruebas o en su selección bajo la regla epistémica de relevancia, sino en la corrección de la inferencia aplicada. El enlace entre el elemento de prueba extraído del medio de prueba que da lugar a la conclusión probatoria, debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos (Casación 482-2016-Cusco).

#### **5.6.4. Modalidades de ilogicidad y aspectos hermenéuticos aportados por la casación**

Viza (2020) citando la sentencia en Casación N° 179-2018-Ica, sostiene que, sin ceñir otras probables categorías, sustentados en la generalización de casos, ha identificado cuatro modalidades de ilogicidad en la motivación de sentencias y ha desarrollado pautas interpretativas respecto de los criterios

que se deben tener en cuenta para establecer cuando una sentencia contiene ilogicidad en su motivación, así tenemos (p. 363):

#### **5.6.4.1. Ilogicidad por desconocimiento del elemento valorativo**

El autor destaca, en primer lugar, el que se produce cuando el juzgador, desconociendo otras posibilidades, cree que la consecuencia valorativa que extrae de lo que ha resultado probado es la única posible y, por tanto, considera que es la indefectiblemente obligada (...). En este punto, lo cuestionable es, desde la perspectiva de la logicidad, que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado un resultado fáctico distinto en la causa. Los juicios penales culminan con una absolución o una condena. El ejemplo más común y palmario de lo anterior ocurre cuando el órgano jurisdiccional, luego de la actuación probatoria y en la fase final del juzgamiento, en el momento de emitir la sentencia respectiva, aduce haber alcanzado convicción sobre la tesis defensiva propuesta (acepta como fiables las explicaciones o alegatos enunciados y concede mérito a las pruebas de descargo) y dispone la absolución respectiva; sin embargo, previamente, no desestimó con razonabilidad el sustrato fáctico de la tesis acusatoria (fundada en pruebas de signo incriminativo, como testimoniales uniformes, coherentes y persistentes, consolidadas con corroboraciones periféricas, como documentos y pericias, entre otras). La simple “convicción subjetiva” no sustenta razonablemente un fallo judicial. En estos casos, para rotular el razonamiento judicial como lógico, el juez ha de

cotejar las hipótesis planteadas en contrario. Si él opta por acoger la tesis defensiva, está compelido a desechar el planteamiento acusatorio para lo cual tiene que identificar las premisas fácticas y jurídicas que la sustentan y, seguidamente, esgrimir razones y juicios de valor para demostrar su no acreditación. Siempre que los fundamentos de la imputación fiscal, revalidados en el debate contradictorio, sean objetivos y razonables, se requiere una motivación individual y particularizada sobre cada tópico propuesto. En este punto rige el principio de exhaustividad. En cambio, si lo que se consigna son argumentos basados en meras suposiciones o conjeturas, la exigencia mencionada se relativiza y bastaría con remitirse a un hecho o circunstancia declarada probada en la propia sentencia para rechazarlos (Casación N° 179-2018-Ica, fj 5°) (pp. 363-364).

#### **5.6.4.2. Ilogicidad por falta de claridad de lo expresado**

Viza, presenta un segundo supuesto en el que se trasluce la ilogicidad reside en la falta de legibilidad y claridad en la narración de los hechos probados. Este se aprecia cuando el juzgador ha redactado el relato correspondiente utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. En este motivo se incluyen las omisiones que hagan incomprendible el relato fáctico y será necesario ponderar si ello se debe a la falta de prueba sobre el particular (en cuyo caso

se trataría de una cuestión relativa a la presunción de inocencia) o a una defectuosa redacción del *factum* (supuesto en el que podría apreciarse este vicio procesal). Si el órgano revisor confirma el primer escenario, se está frente a un vicio *in iudicando* y no cabe otra posibilidad que decretar la absolución de los cargos delictivos. En cambio, si lo que se verifica es lo segundo se configura un vicio *in procedendo*. Si esto es así, concierne, previa censura de los defectos revelados, rescindir la sentencia y devolver los actuados para la subsanación respectiva. Le corresponde a la parte recurrente la señalización de las frases o párrafos que, según su criterio, son incomprensibles. De no ocurrir, la denuncia casacional será inviable (Ibid. fj. 6°) (p. 364).

#### **5.6.4.3. Ilogicidad por contradicción**

El mismo autor, plantea la tercera posibilidad de incurrir en ilogicidad se produce cuando las sentencias contienen proposiciones contradictorias, esto es, afirmando y negando, a la vez, un mismo hecho. En términos prácticos, se viola el principio de contradicción, cuando se afirma y se niega la existencia de un hecho, la calidad de una cosa o la aplicación de una norma, etcétera. La prosperabilidad de una casación por contradicción en los hechos probados está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y sobre todo determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos

contrapuestos; ii) que sea interna, en el sentido de que emane directa e indirectamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato; iii) que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia y iv) que sea relevante, en el sentido de que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo (Ibid. fj. 7°) (p. 365).

#### **5.6.4.4. Ilogicidad por indeterminación**

Finalmente, Viza sostiene en cuarto lugar, que la ilogicidad acontece cuando en la motivación judicial se efectúa un mero relato de “hechos probados”, pero sin establecer la vinculación entre las pruebas y los hechos, esto es, sin puntualizar qué pruebas permiten deducirlos y cuáles son las razones por las que se consideran efectivamente acreditados (Ibid. fj. 8°) (p. 365).

### **5.7. Causas de irracionalidad de las decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano**

Tomando como referencia, los casos desarrollados por la Corte Superior de Justicia de Ica y el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur, se advierte que los procesos seguidos en el Expediente N° 002822-2019-90-

1401-JR-PE-03 y en el caso materia de Casación N° 1879-2021-Ica, las decisiones arribadas por los juzgados respectivos, estas no contienen ni han desarrollado los temas que sustentan el resultado de la presente investigación.

Se observa, que las decisiones judiciales arribadas en las referidas Corte Superior materia de comento, estas presentan falta de motivación como son: motivación inexistente u omisiva, motivación incompleta o insuficiente, motivación hipotética, dubitativa o contradictoria, motivación falsa y motivación ilógica, según se ha desarrollado en la Casación antes mencionada y que ha sido desarrollado y tratado en el resultado de la investigación.

Asimismo, se puede apreciar que las decisiones judiciales en la Corte Superior en mención están lejanas de toda racionalización del derecho, por cuanto, la racionalización jurídica no ha sido aplicada de manera correcta ni mucho menos entendida de manera cabal; siendo así la racionalidad de las decisiones judiciales en la referida Corte deviene solo en teoría.

Además, como se ha venido sosteniendo la motivación de las decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano, es un principio constitucional y por ende un deber, sin embargo, esta ha sido obviada en los procesos descritos, también se puede observar que se ha omitido la motivación de las resoluciones judiciales según lo establecido por el Tribunal Constitucional del Perú y la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, materia de resultado en el trayecto de la investigación.

Así también, las decisiones judiciales analizadas en la sección discusión, presenta falta de motivación, según lo señalado en la Casación N° 1879-2021-

Ica como son: a) motivación inexistente u omisiva: supone que una sentencia omite incorporar el examen de los fundamentos de hecho y derecho, b) motivación incompleta o insuficiente: se presenta cuando el tribunal superior omite incorporar un razonamiento específico acerca de un aspecto esencial de los temas objeto de análisis, sea en materia probatoria, procesal o material, c) motivación hipotética, dubitativa o contradictoria: configurada por 1) la suposición de hechos, cuya realidad no está acreditada debido a que no consta referencia a un medio de prueba válido; 2) la fijación de motivos que dejan entrever una sombra de incertidumbre en torno a la exactitud de sus enunciados, o 3) la introducción de datos o argumentos contrarios o discordantes entre sí, d) motivación falsa: referida a la incorrecta interpretación o traslación de un medio de prueba y por su parte y e) motivación ilógica: cuando infringe las reglas de la sana crítica, en relación con la inferencia probatoria (principio de no contradicción, razón suficiente o tercio excluido), las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos consolidados.

Finalmente, las decisiones judiciales en los casos analizados como referencia, vulneran los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico diseñado por MacCormick, según lo desarrollado por García (2017) los cuales lo fundamenta en: a) la pretensión de corrección, b) la justificación de primer orden, c) la justificación de segundo orden, d) reglas, principios y consecuencias jurídicas y e) el razonamiento jurídico y la teoría del derecho (pp. 73-107). Aunándome, a esta postura, creo se lograría la racionalidad de la toma

de decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano aplicando en sentido estricto la racionalización del derecho.

### **5.8. Validación de hipótesis**

En la presente investigación se planteó la siguiente hipótesis: **Los principales fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho son: en primer lugar, la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias, que brinde seguridad jurídica para el razonamiento judicial; en segundo lugar, la exigencia de coherencia normativa y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico aplicable, que permita un razonamiento judicial deductivo y no contradictorio; y finalmente, la plena determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso, que posibilite un proceso judicial reglado y un razonamiento judicial suscrito a las fuentes formalizadas del derecho.**

#### **Argumentos de validación**

La hipótesis que vincula la racionalización del derecho con la racionalidad de las decisiones judiciales se sustenta en sólidos argumentos teórico-dogmáticos (Atienza, 2006):

1. En primer lugar, un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias, es una condición necesaria para la racionalidad judicial

porque brinda predictibilidad y seguridad jurídica. Permite al juez identificar las normas aplicables al caso mediante un razonamiento deductivo a partir de premisas ciertas. Sin un sistema claro de fuentes no hay *sylogismus iuris* posible.

El primer elemento que fundamenta la vinculación necesaria entre racionalización del derecho y racionalidad judicial es la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias. Este sistema racional de fuentes cumple un rol fundamental para la razón jurídica por varias razones:

En primer término, un sistema ordenado de fuentes le brinda al juez seguridad jurídica sobre las normas que debe aplicar en cada caso. Saber que existe una pirámide normativa claramente definida, en la que las normas de rango superior determinan la validez de las inferiores, permite al juez tener certeza de cuáles son las normas jurídicamente válidas que regulan el caso que debe resolver.

En segundo término, este sistema evita las antinomias que se producirían si hubiera normas de igual jerarquía con contenidos contradictorios. La ausencia de antinomias es clave porque permite un razonamiento judicial deductivo a partir de premisas coherentes entre sí.

En tercer lugar, la existencia de este sistema racional posibilita la identificación de las normas aplicables mediante un proceso deductivo

estrictamente jurídico. El juez puede realizar un *sylogismus iuris*, es decir, un silogismo que va de las normas a la solución del caso, gracias a que cuenta con un sistema articulado de fuentes.

Finalmente, este sistema racional de fuentes otorga mayor predictibilidad, pues al existir reglas claras sobre la jerarquía normativa tanto los jueces como los destinatarios pueden prever las normas aplicables. Esto refuerza la seguridad jurídica.

En consecuencia, la consolidación de un sistema racional de fuentes resulta indispensable para que las decisiones judiciales estén racionalmente motivadas en el derecho vigente y no en criterios extra-jurídicos o arbitrarios.

2. En segunda instancia, la coherencia normativa y la ausencia de contradicciones en el ordenamiento son indispensables para un razonamiento judicial racional, pues evitan conclusiones contradictorias a partir de las mismas premisas. La contradicción normativa imposibilita la deducción y fuerza al juez a recurrir a criterios extra-jurídicos.

La exigencia de coherencia normativa y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico es el segundo elemento que, desde una perspectiva teórico-dogmática, fundamenta la vinculación necesaria entre racionalización del derecho y racionalidad judicial.

La coherencia y no contradicción del sistema normativo aplicable es un requisito indispensable para la razón jurídica por varios motivos:

En primer lugar, la contradicción entre dos normas de igual jerarquía sobre una misma materia impide la deducción, pues no se sabe qué norma debe primar para resolver el caso. Ante dos premisas contradictorias no hay razonamiento deductivo posible.

En segundo término, la contradicción imposibilita llegar a una solución unívoca aplicando las reglas de la lógica formal. Dos normas contradictorias conducen siempre a conclusiones opuestas a partir de las mismas premisas.

En tercer lugar, la incoherencia obliga al juez a recurrir a criterios extra-jurídicos, subjetivos y no controlables para decidir entre las normas antinómicas. Ello atenta contra la racionalidad.

En cuarto término, la contradicción normativa genera incertidumbre sobre el derecho vigente y viola el principio de seguridad jurídica, pues no es previsible qué norma se aplicará finalmente.

En consecuencia, la coherencia y no contradicción del ordenamiento son condiciones indispensables de un sistema que pretenda decisiones judiciales estrictamente deducidas de la juridicidad, sin interferencias de la arbitrariedad o la discrecionalidad irracional.

Estos elementos teóricos vinculan de modo necesario la razón jurídica formalizada con la razón práctica en las decisiones judiciales. Garantizan el apego del juez al derecho vigente y posibilitan un control racional y objetivo de sus fallos. Son presupuestos dogmáticos de una judicatura reglada sometida al imperio de la ley.

3. La plena determinación de las normas jurídicas aplicables en cada caso concreto es un requisito esencial para un razonamiento judicial reglado y motivado. Esta determinación clara y precisa de las normas tiene un papel crucial en la prevención de la arbitrariedad y la irracionalidad en la fundamentación de las decisiones judiciales.

A continuación, se presentan los argumentos que justifican esta afirmación (García, 2017):

**a. Prevención de la arbitrariedad y aseguramiento de la justicia procesal**

Cuando las normas aplicables a un caso están plenamente determinadas, se minimiza el riesgo de que las decisiones judiciales sean arbitrarias. La arbitrariedad surge cuando las decisiones se basan en preferencias personales, prejuicios o interpretaciones subjetivas en lugar de en el derecho establecido. Una determinación clara de las normas aplicables obliga al juez a fundamentar sus decisiones en el marco legal vigente, asegurando así que las mismas sean el resultado de

un proceso razonado y ajustado a derecho, y no de la discrecionalidad del juzgador.

**b. Promoción de la racionalidad en la toma de decisiones**

La plena determinación de las normas permite un razonamiento judicial estructurado y lógico. Facilita el uso de un enfoque deductivo, donde el juez parte de principios y normas generales para llegar a conclusiones específicas aplicables al caso en cuestión. Esto contrasta con un enfoque inductivo, donde la falta de normas claras podría llevar al juez a generalizar a partir de casos específicos, un método que incrementa el riesgo de inconsistencias y decisiones poco fundamentadas.

**c. Evitación del recurso a elementos extraños al derecho positivo**

La indeterminación de las normas obliga a menudo a los jueces a recurrir a elementos ajenos al derecho positivo, como consideraciones de equidad, moralidad o costumbres. Aunque estos elementos pueden ser relevantes en ciertos contextos, su uso indebido o excesivo puede llevar a decisiones que, aunque bienintencionadas, se alejan de los principios y normas establecidas en el ordenamiento jurídico. Esto puede erosionar la previsibilidad y la uniformidad del sistema jurídico y socavar la confianza pública en la imparcialidad y objetividad del poder judicial.

#### **d. Refuerzo de la motivación y justificación de las decisiones**

Una norma bien definida y aplicable proporciona una base sólida para la motivación de las decisiones judiciales. Permite al juez explicar de manera clara y lógica cómo llegó a una determinada conclusión basándose en las leyes vigentes. Esta transparencia en la motivación no solo aumenta la comprensión y aceptación de las decisiones por parte de las partes involucradas y la sociedad en general, sino que también facilita la revisión y el control de las decisiones por instancias superiores o por mecanismos de supervisión judicial.

En consecuencia, la plena determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso es un pilar fundamental para un razonamiento judicial reglado, motivado y alejado de la arbitrariedad. Esta claridad normativa asegura que las decisiones judiciales sean el producto de un proceso lógico y fundamentado en el derecho, y no de interpretaciones subjetivas o elementos ajenos al ordenamiento jurídico. Este enfoque no solo fortalece la legitimidad y la justicia de las decisiones judiciales, sino que también contribuye a la estabilidad y previsibilidad del sistema jurídico en su conjunto.

4. La afirmación que vincula la racionalización del derecho con la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales en un Estado constitucional de derecho se justifica desde varios ángulos teóricos y prácticos (MacCormick, 2003):

### **i. Seguridad jurídica y previsibilidad**

La racionalización del derecho implica la creación de un sistema legal coherente, consistente y comprensible. Esto proporciona a los operadores jurídicos, como jueces y abogados, un marco claro sobre el cual basar sus decisiones y argumentaciones. La seguridad jurídica y la previsibilidad que se derivan de un sistema racionalizado permiten a los jueces fundamentar sus decisiones en principios y normas establecidas, lo que a su vez garantiza que estas decisiones sean lógicas, justificables y menos propensas a la arbitrariedad.

### **ii. Principio de legalidad y respeto al estado de derecho**

En un Estado constitucional de derecho, el principio de legalidad sostiene que todas las acciones del Estado deben basarse en la ley. La racionalización del derecho asegura que las leyes sean claras, ordenadas y accesibles, lo cual es esencial para que los jueces puedan aplicarlas de manera efectiva y razonada. Al garantizar que las decisiones judiciales se basen en un marco legal bien estructurado, se refuerza el respeto al Estado de derecho y se evita el ejercicio arbitrario del poder judicial.

### **iii. Coherencia y consistencia en la aplicación del derecho**

Un sistema jurídico racionalizado enfatiza la coherencia y la consistencia en la aplicación del derecho. Esto significa que decisiones similares en circunstancias similares deben llevar a resultados similares.

Tal coherencia es fundamental para la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales, ya que permite que estas se basen en un razonamiento lógico y sistemático, y no en interpretaciones *ad hoc* o discrecionales.

#### **iv. Derechos fundamentales y equidad procesal**

La racionalización del derecho también implica la protección y promoción de los derechos fundamentales. Un sistema legal que respeta y refleja estos derechos permite a los jueces tomar decisiones que no solo son racionales en términos legales, sino también justas y equitativas. Esto es especialmente importante en un Estado constitucional de derecho, donde la protección de los derechos individuales es un pilar central.

#### **v. Transparencia y motivación de las decisiones**

Finalmente, un sistema jurídico racionalizado promueve la transparencia y la adecuada motivación de las decisiones judiciales. Los jueces están obligados a explicar sus decisiones de manera clara y detallada, basándose en normas y principios jurídicos reconocidos. Esta práctica no solo facilita la comprensión y aceptación de las decisiones por parte de las partes involucradas y la sociedad en general, sino que también permite un control efectivo y la posibilidad de apelación en instancias superiores.

En consecuencia, la racionalización del derecho es esencial para garantizar la racionalidad, justicia y coherencia en la motivación de las decisiones judiciales en un Estado constitucional de derecho, contribuyendo a la estabilidad jurídica, la protección de derechos fundamentales y la confianza en el sistema judicial.

## VI. CONCLUSIONES

1. La necesidad del proceso de racionalización del derecho en un Estado constitucional de derecho es fundamental para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales. Este proceso implica la estructuración de un marco jurídico coherente, claro y predecible, que sirve como base para decisiones judiciales justas y fundamentadas. La racionalización del derecho no solo refuerza la seguridad jurídica y la confianza en el sistema de justicia, sino que también es esencial para preservar los principios del Estado de derecho, como la legalidad, la igualdad ante la ley y el respeto a los derechos fundamentales. Este enfoque garantiza que las decisiones judiciales se basen en un análisis lógico y sistemático del derecho, evitando la arbitrariedad y asegurando la protección de los derechos y libertades individuales.
2. La consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho es crucial para la racionalidad en las decisiones judiciales. Un sistema bien estructurado y jerarquizado de fuentes del derecho proporciona un marco claro y ordenado para la interpretación y aplicación de las normas. Esto permite a los jueces basar sus decisiones en principios y reglas establecidas, lo que reduce la posibilidad de interpretaciones contradictorias o arbitrarias. Además, un sistema racional de fuentes del derecho contribuye a la predictibilidad y uniformidad en la administración de justicia, elementos esenciales para la confianza pública en el sistema judicial.

3. La exigencia de coherencia y no-contradicción en el ordenamiento jurídico es un pilar para asegurar la racionalidad en las decisiones judiciales. Un sistema jurídico coherente permite que las decisiones se basen en un razonamiento lógico y consistente, evitando contradicciones y conflictos normativos. La coherencia normativa facilita la interpretación y aplicación uniforme de las leyes, asegurando que casos similares sean tratados de manera similar. Además, un ordenamiento jurídico sin contradicciones fortalece la legitimidad y la justicia de las decisiones judiciales, alineándose con los principios de equidad y justicia procesal.
4. La plena determinación del derecho aplicable es una condición necesaria para la racionalidad de las decisiones judiciales. Una normativa clara y precisa permite a los jueces fundamentar sus decisiones en bases legales específicas y evita la dependencia de interpretaciones subjetivas o discrecionales. Esto es crucial para mantener la objetividad y la imparcialidad en la toma de decisiones. Además, la determinación exacta del derecho aplicable promueve la transparencia y la comprensión de las decisiones judiciales, aspectos vitales para la confianza del público en la justicia y el respeto a la ley.

## VII. RECOMENDACIONES

1. Promover la consolidación de un sistema coherente de fuentes del derecho, jerárquicamente organizado y sin antinomias, que brinde mayor seguridad jurídica, posibilite la identificación de las normas aplicables al caso mediante deducción y refuerce la predictibilidad del ordenamiento.
2. Impulsar la revisión estructural del ordenamiento jurídico para detectar y eliminar contradicciones normativas, de modo de asegurar la no-contradicción en el razonamiento deductivo judicial y evitar la irrupción de criterios *extra-jurídicos* en los fallos.
3. Perfeccionar los procesos de producción normativa para asegurar la mayor determinación posible de las normas jurídicas, reduciendo las zonas de incertidumbre que propician decisiones arbitrarias o subjetivas.
4. Propiciar mecanismos de control sobre la fundamentación de las sentencias, para garantizar su sujeción a las fuentes jurídicas positivas en un Estado de derecho.
5. Para abordar la cuestión de la racionalización del derecho en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho, y con base en el criterio de corrección de Robert Alexy, se pueden formular las siguientes recomendaciones:
  - a) Las decisiones judiciales deben estar fundamentadas de manera clara y coherente. Esto implica que los argumentos deben ser lógicos, consistentes y libres de contradicciones internas. Una estructura

- argumentativa sólida y coherente asegura la comprensibilidad y la integridad de las decisiones.
- b) Las decisiones deben basarse en normas y principios establecidos en la Constitución y en la legislación pertinente. Esto garantiza que las decisiones estén alineadas con el marco legal superior y los principios fundamentales del Estado de derecho.
  - c) Es crucial encontrar un equilibrio adecuado entre las reglas (que se aplican de manera binaria) y los principios (que requieren ponderación). Esto significa que los jueces deben ser capaces de identificar cuándo una situación requiere la aplicación estricta de una regla y cuándo es necesaria una ponderación cuidadosa de principios en conflicto.
  - d) Fortalecer el trabajo de los jueces sobre la justificación interna y externa de las decisiones judiciales, debido a que ambos tipos de justificación son esenciales para garantizar que las decisiones judiciales sean tanto lógicamente válidas como socialmente pertinentes.
  - e) En casos donde se ponderan valores e intereses contrapuestos, los jueces deben explicar claramente cómo se llegó a la conclusión y por qué se dio más peso a ciertos valores o intereses sobre otros. Esto aumenta la comprensión y aceptación de las decisiones judiciales.
  - f) Las decisiones deben cumplir con el principio de proporcionalidad, asegurando que las medidas adoptadas sean adecuadas, necesarias y proporcionales en relación con los fines perseguidos.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agazzi, E. (2009). *Filosofía técnica y filosofía práctica. Racionalidad científica y racionalidad humana*. España: Universidad de Valladolid.
- Aguilar, M. (2003). *Criterios de interpretación jurídica en la labor jurisdiccional mexicana (artículo 14 constitucional y su jurisprudencia)*. México: Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm. 13.
- Aguiló, J. (2007). *Positivismo y Postpositivismo: Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. Alicante: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcjm318>.
- Aguiló, J. (2004). *La constitución del Estado Constitucional*. Lima – Bogotá: Palestra - Themis.
- Aguiló, J. (1997). *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho, N° 06, abril.
- Alberto, C. (2015). *Los paradigmas de la investigación científica*. Lima: UNIFE.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*. Publicado en Alchourrón C. y Bulygin E. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Alchourrón, C. y Makinson, D. (1981). *Hierarchies of Regulations and Their Logic*. En Hilpinen, R. (ed.), *New Essays in Deontic Logic*. Boston-London: Reidel, Dordrecht.

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, impreso en Solana e hijos, A.G., S.A.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y Razón Práctica*. Madrid: Fontamara.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aliste, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales.
- Añón, M. (2002). *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia, N° 40.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2005). *Introducción al derecho*. México: Fontamara.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra: Segunda Edición.
- Atienza, M. (1980). *El Futuro de la Dogmática Jurídica, Crítica de Libros*, Madrid: El Basilisco.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2006). *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.). *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Barranco, M. (2011). *Constitucionalismo y función judicial*. Lima: Grijley.

- Bastos, M. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Bernal, C. (2007). *La racionalidad de la ponderación. El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2005). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre. Edición Universidad de los Andes.
- Bovino, A. (2002). *Problemas de Derecho Procesal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.
- Bulygin, E. (2003). *Los jueces ¿crean derecho?*. Universidad de Buenos Aires. (publicado en Poder Judicial y Democracia. (2003), presentado en el XII Seminario Eduardo García Máynez sobre teoría y filosofía del derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)).
- Bulygin, E. (1991). *Sentencia judicial y creación de derecho*. Alchourrón C. y Bulygin E. Análisis Lógico y Derecho.
- Bustamante, M. (2010). *Principios del derecho procesal*. Medellín: Editorial Sello Editorial. Derecho Procesal Contemporáneo. Edición Universidad de Medellín.

- Calvo, J. (s.f.). *Hechos difíciles y racionamiento probatorio*. (Sobre la prueba de hechos disipados). España - Málaga: Edición Universidad de Málaga. Disponible en <file:///C:/Users/FREDY/Downloads/Dialnet-HechosDificilesYRazonamientoProbatorioSobreLaPrueb-257650.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta. Ensayos escogidos, UNAN-Instituto de investigaciones jurídicas.
- Cárdenas, J. (2016). *La argumentación como derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas. México: UNAM.
- Carrió, G. (1967). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Casación N° 334-2019-Ica, 16 de setiembre de 2020.
- Casación N° 179-2018-Ica, 05 de julio de 2019.
- Casación N° 1382-2017-Tumbes, 10 de abril de 2019.
- Casación N° 482-2016-Cusco, 23 de marzo de 2017.
- Casación N° 60-2010-La Libertad, 19 de abril de 2011.
- Castaño, L. (2009). *La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica*. Medellín: Opinión Jurídica, Vol. 8, No. 15, pp. 77 - 96, enero - junio de 2009.
- Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica de 1988.
- Colomer, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Universidad Carlos III.

Convención Americana sobre Derechos humanos.

Copi, I. (1987). *Introducción a la lógica*. Versión castellana: Néstor A. Míguez.  
Buenos Aires: Eudeba.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia Tutela-544 de 2004. M.P. Jaime  
Córdoba Triviño.

Cuocolo, F. (1996). *En Principi di Diritto Costituzionale*, Milán: Giuffrè Editore.

Cuocolo, F. (1996). *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6ta edi. Milán: Giuffrè Editore

Dellepiane, A. (2003). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá D. C.: Editorial Temis.

De La Rúa, F. (2006). *La Casación Penal*. Segunda Edición. Reimpresión.  
Argentina: Editorial LexisNexis.

Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Díaz, S. (2011). *La racionalidad de las decisiones judiciales*. Colombia:  
Universidad Simón Bolívar.

Döhring, E. (1986). *La prueba. Su práctica y apreciación*. Versión castellana:  
Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Versión castellana: Marta Guastavino.  
Barcelona: Ariel.

Dueñas, O. (2006). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Bogotá: Universidad del  
Rosario.

Estrada, S. (2007). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*.  
Medellín: Universidad de Medellín.

Ezquiaga, F. (2011). *Argumentación e interpretación. La motivación de las  
decisiones judiciales en el Derecho Peruano*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

- Fariñas, M. (1991). *La Sociología del Derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas.
- Ferrer, E., Martínez, F. y Figueroa, G. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional - TOMO I. Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.*
- Fioravanti, M. (2004). *El Estado moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Manuel Martínez Neira (Trad.): Editorial Trotta.
- Freund, J. (1986). *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Ediciones Península.
- Freund, J. (1978). *La rationalisation du droit selon Max Weber*. Archives de philosophie du droit, vol. 23.
- Ganuzas, E. (2006). *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. México: Trife.
- García, M. (2017). *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*. Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales.
- García, J. (2017). *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. Disponible en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20170608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170608_02.pdf).
- García, C. (1987). *Producción y transferencia de paradigmas teóricos en la investigación socioeducativa*. Caracas: Trópykos.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Editorial Palestra.

- Ghirardi, A. (1997). *El Razonamiento Judicial*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Giraldo, J. y otros (2002). *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Bogotá: Librería del profesional.
- González, F. (2005). *¿Qué es un paradigma? Análisis Teórico, Conceptual y Psicolingüístico del Término*. Investigación y Postgrado (online), vol.20, N° 1. Disponible en [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S131600872005000100002&lng=es&nrm=iso](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131600872005000100002&lng=es&nrm=iso).
- Grande, M. (2011). *Hermenéutica jurídica y justicia*. Universidad Pontificia Comillas-Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. N° 82, enero-abril 2011, ISSN: 1889-7045.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Editorial Fontamara.
- Guzmán, L. (2013). *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Astrea.
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Héctor Fix -Fierro (Trad.). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Häberle, P. (1997). *La Libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Traducción castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. México: IJ-UNAM.
- Hernández, R. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGrawHill.
- Horkheimer, M. (2010). *Crítica de la razón instrumental*. Madrid: Trotta.
- Ibáñez, P. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Igartua, J. (2014). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Igartua, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. España: Editorial CEC.
- Izcara, S. (2014). *Manual de investigación cualitativa*. México: Fontamara.
- Kant, E. (2002). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Editorial Espasa-Calpe.
- Kaufmann, A. (2007). *La filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1941). *la teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Losada.
- kuhn, T. (2012). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Larenz, K. (1966). *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Enrique Gimbernat. Barcelona: Ariel.

- Londoño, C. (2009). *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- McCarthy, T. (1992). *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos.
- MacCormick, N. (2008a). *MacCormick on MacCormick*. Menéndez, Agustín y Fossum, John (eds.), *The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, Arena.
- MacCormick, N. (2008b). *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: University Press
- MacCormick, N. (2003). *Reasonableness and Objectivity*. Atria, Fernando y MacCormick, Neil (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate.
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Law Series. Oxford: University Press.
- MacCormick, N. (1992). *Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems*. International Journal for the Semiotics of Law.
- MacCormick, N. (1992). *Law as Institutional Fact*. MacCormick, N. and Weinberger, O.: Boston: Dordrecht.
- MacCormick, N. (1984). *Universalization and Induction in Law*. Reason in Law. Proceedings of de Conference Reíd in Bologna 12-15 December. Milán: Giuffre.
- MacCormick, N. (1978). *Deductive Justification*. Legal Reasoning anil Legal Theory. Oxford: University Press.
- Malem, J., Ganuzas, F. y Ibáñez. P. (2009). *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.

- Marquisio, R. (2017). *Tres modelos de postpositivismo jurídico*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 / N° 47 - 2017. Impresa: ISSN 0075-7411.
- Melero, E. (2002). *La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Moreso, J. y Vilajosana, J. (2005). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons Editores.
- Munné, G. (2006). *Racionalidades del derecho según Max Weber y el Problema del Formalismo Jurídico*. Santa Fe (Argentina): Isonomía 25.
- Munné, G. (2004). *Racionalización formal del derecho moderno y justicia sustantiva: Estudio crítico de la sociología jurídica de Max Weber*. Ratio Juris. Disponible en <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-63868-7>
- Nieto, A. (2004). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- Osuna, A. (1996). *La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica*. Revista Persona y Derecho, Vol. 35. España: Universidad de Navarra. Disponible en <https://hdl.handle.net/10171/12906>
- Parra, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial ABC.
- Parra, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- Pizzorusso, A. (2003). *Justicia, constitución y pluralismo*. Lima: Editorial Palestra.
- Posada, J. (2010). *Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica*. Colombia: Nuevo Derecho, Vol. 5, N° 6. enero-junio.

- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa N° 21, Vol. II.
- Prieto, L. (1999). *Constitucionalismo y positivismo* (2ª Ed.). Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política. N° 60. México: Fontamara.
- Quiroz, W. (2007). *Investigación Jurídica*. Lima: Imsergraf EIRL.
- Quezado, A. (2019). *La racionalización formal y material del derecho Un análisis filosófico sobre activismo judicial, democracia y división de poderes*. España. Universidad Complutense de Madrid.
- Ramírez, F. (2014). *El estado constitucional: un nuevo paradigma democrático, a propósito de su incidencia en la protección de los derechos fundamentales*. Dialnet-ElEstadoConstitucionalUnNuevoParadigmaDemocraticoA-5472772 (1).
- Rawls, J. (1993). *Liberalismo político*. Nueva York: Colombia University Press.
- Robles, L. y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Ffecaat.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Ffecaat.
- Rodríguez, V. (2020). *Estudio Crítico de la Racionalidad de la Decisión Judicial*. Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Universidad Libre
- Rodríguez, F. (2015). *La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada*. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>

- Rodríguez, F. y Díaz, S. (2011). *La racionalidad de las decisiones judiciales*. Justicia, N° 19 - junio 2011 Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar – ISSN, 0124-7441.
- Rojas, V. (2006). *El concepto del derecho de Dworkin*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sentencia de la Corte Constitucional C 083 de 1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00728-2008-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1291- 2000-AA/TC.
- Suárez, W. (2011). *Racionalización, racionalidad material y decisiones judiciales*. Iustitia - Ubi non est iustitia, ibi non potest esse jus. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Temis.
- Taruffo, M. (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Nuevas tendencias del Derecho Procesal, Constitucional Legal. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Taruffo, M. (2004). *La prueba de los hechos*. Madrid: Atalaya.
- Taruffo, M. (1999). *Racionalidad y crisis de la Ley Procesal*. Madrid: Editorial Doxa.
- Taruffo, M. (1975). *“La motivazione della sentenza civile”*. Luogo Padova: Editore Cedam.
- Torres, A. (1999). *Introducción al Derecho / Teoría General del Derecho*. Lima: Palestra.

- Ugalde, N. y Balbastre, F. (2013). *Investigación cuantitativa e investigación cualitativa: buscando las ventajas de las diferentes metodologías de investigación*. Ciencias Económicas 31-Nº 2: 2013 / 179-187 / ISSN: 0252-9521.
- Valentín, P. (1996). *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valeriano, M. y otros (1994). *El error judicial. Procedimientos para su declaración e indemnización*. Madrid: Editorial Civitas.
- Vilcapoma, J. (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*. Lima: Editorial Argos.
- Viza, J. (2020). *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*. Lima: Digital Print Publicidad y Diseño SAC.
- Weber, M. (2012). *La ética protestante el espíritu del capitalismo*. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad*. España: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1992). *La racionalidad del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: McGraw-Hill.
- Villabella, C. (2009). *la investigación científica en la ciencia jurídica. sus particularidades*. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 23.
- Zagrebelsky, G. (2005). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

Zelayaran, M. (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.



## ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

### TITULO: LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO UN COMPONENTE NECESARIO PARA BUSCAR LA RACIONALIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL PERUANO

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p><b>Problema general:</b> ¿Cuáles son los fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad del proceso de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho?</p> <p><b>Problemas específicos:</b></p> <p>a) ¿Cuáles son los principales argumentos teórico-normativos que fundamentan la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho como requisito para la racionalidad en las decisiones judiciales?</p> <p>b) ¿De qué modo la teoría jurídica justifica la exigencia de coherencia y no-contradicción en el ordenamiento jurídico para asegurar la racionalidad en las decisiones judiciales?</p> <p>c) ¿Cuáles son los argumentos doctrinales que conciben la plena determinación del derecho aplicable como una condición necesaria para la racionalidad de las decisiones judiciales?</p>	<p><b>Objetivo general:</b> Analizar los principales argumentos teórico-dogmáticos que fundamentan al proceso de racionalización del derecho como un requisito necesario para asegurar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales en el marco de un Estado constitucional de derecho.</p> <p><b>Objetivos específicos:</b></p> <p>a) Describir los principales argumentos normativo-doctrinales que justifican que un sistema racional de fuentes del derecho es una condición necesaria para garantizar decisiones judiciales racionalmente motivadas.</p> <p>b) Explicar los principales fundamentos teórico-dogmáticos que sustentan la necesidad de coherencia y no-contradicción del ordenamiento jurídico para posibilitar decisiones judiciales racionalmente motivadas.</p> <p>c) Describir los principales razonamientos teórico-jurídicos que justifican la plena determinación del derecho como un presupuesto para asegurar la racionalidad en las motivaciones judiciales.</p>	<p>Los principales fundamentos teórico-dogmáticos que justifican la necesidad de racionalización del derecho para garantizar la racionalidad en la motivación de las decisiones judiciales dentro de un Estado constitucional de derecho son: en primer lugar, la consolidación de un sistema racional de fuentes del derecho, jerarquizado y libre de antinomias, que brinde seguridad jurídica para el razonamiento judicial; en segundo lugar, la exigencia de coherencia normativa y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico aplicable, que permita un razonamiento judicial deductivo y no contradictorio; y finalmente, la plena determinación de las normas jurídicas aplicables a cada caso, que posibilite un proceso judicial reglado y un razonamiento judicial suscrito a las fuentes formalizadas del derecho.</p>	<p><b>Categoría 1:</b> La racionalización del derecho.</p> <p><b>Categoría 2:</b> La racionalidad de las decisiones judiciales en el Estado constitucional peruano</p>	<p><b>Tipo de investigación:</b> Teórico-dogmático <b>Tipo de diseño:</b> No experimental - jurídico <b>Diseño general:</b> Transversal <b>Diseño específico:</b> Explicativa <b>Métodos específicos:</b> dogmático, hermenéutico, exegético, argumentación jurídica. <b>Unidad de análisis:</b> Esta será documental, conformada por la doctrina, normatividad y jurisprudencia. <b>Técnicas e instrumentos de la investigación:</b> <b>Técnica:</b>  <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Bibliográfica</li> <li>✓ Análisis documental</li> </ul> <b>Instrumentos:</b>  <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Fichas</li> <li>✓ Análisis de documento</li> </ul> <b>Análisis de datos:</b>                      Los datos obtenidos a través de los instrumentos serán evaluados en base al análisis cualitativo.  <b>Validación de hipótesis:</b>                      Se empleará la técnica de la argumentación jurídica, por cuanto buscará validar la hipótesis a través argumentos y criterios racionales.                 </p>

