

LA SENTENCIA ARBITRARIA POR FALTA DE MOTIVACIÓN EN LOS HECHOS Y EL DERECHO

BEATRIZ ANGÉLICA FRANCISKOVIC INGUNZA

Abogada. Conciliadora y Árbitro adscrita a varias instituciones arbitrales: ARBITRA PERÚ – MINJUS, OSCE, C.A.L.y, Consensos. Docente de la Universidad San Martín de Porres Lima y Filial Chiclayo, Inca Garcilaso de la Vega y Alas Peruanas. Socia y Sub Gerente de Franciskovic Asociados. Con estudios de Maestría en Derecho Procesal Civil en la PUCP.

SUMILLA:

1. **Razonamiento Jurídico.** 1.1. Generalidades. 1. 2. Razonamiento judicial. 1. 3. Argumentación jurídica. 1.3. 1. Teorías sobre la argumentación jurídica. 1. 3. 2. Definición de la teoría de la argumentación jurídica. 1. 3. 3. Racionalidad y derecho. 1. 3. 4. Lógica jurídica o deóntica. 1. 3.5. ¿Qué es argumentar? 1. 3. 6. Concepciones de la argumentación. a) Formal o lógica. b) Material o sustantiva. c) Pragmática (dialéctica o retórica) . 1. 4. La decisión judicial 1. 5. Corrección de la decisión judicial. **2. La motivación judicial y su diferencia con la fundamentación.** 2.1. Requisitos de todo fallo judicial. 2.2. Diferencia entre motivación y fundamentación. 2. 2.1 Necesidad de la motivación. 2.2.2. Finalidad de la motivación. 2. 2.3. Debida motivación. 2. 2.4. Sobre la lógica jurídica. a).- control de logicidad. b).- los errores in cogitando. b.1) falta de motivación. b.2) defectuosa motivación. b.3) motivación aparente: motivación insuficiente y motivación defectuosa en sentido estricto. 2. 2. 5.- sobre la respuesta a las pretensiones de las partes. 2.3 Motivación en derecho. 2.3.1 La justificación del juzgador sea consecuencia de una aplicación racional de la ley y del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento. 2.3.2. La motivación debe respetar los derechos fundamentales. 2.3.3. Adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión. 2.4... Motivación fáctica: necesidad de la prueba. 2.4. 1. La probática judicial. 2. 4. 2. Dos concepciones sobre la probática. a).- concepción cognoscitivista de la prueba. b).- concepción persuasiva de la prueba. 2.4. 3. Relaciones verdad - prueba. 2.4. 4. La prueba judicial ¿deductiva o inductiva?. 2.5.- Valoración de la prueba. 2.6.- El carácter institucional de la prueba judicial. 2.7.- motivación de la prueba. **3. Doctrina sobre la sentencia arbitraria.** 3.1. Sentencia a). La conclusión del proceso por obra del juez. b).Definición de sentencia. c). Mecanismo de formación de la sentencia. d). Forma de la sentencia civil. 3.2... Sobre la sentencia incongruente a). Definición de congruencia. b). Elementos para determinar la congruencia. c). Incongruencia. d). En la doctrina argentina se asimila la sentencia incongruente como sentencia arbitraria. **3.3. Sentencia arbitraria.** 3.3.1. Definición. 3.3.2. Origen argentino. 3.3.3. Pautas señaladas por el tribunal supremo argentino como causales de procedencia de recurso contra una sentencia arbitraria. 3.3.4. Causales de arbitrariedad según Genaro Carrió a). Al objeto o tema de la decisión. b). A los fundamentos de la decisión. c).A los efectos de la decisión. 3.4. La arbitrariedad en las sentencias a).-la arbitrariedad según la concepción que se tenga de argumentación. b). Remedios en la legislación española, argentina y peruana. c).Arbitrariedad por omisión de considerar pruebas pertinentes. – jurisprudencia. **Conclusiones. Bibliografía**

INTRODUCCIÓN

Son escasos en nuestra Doctrina Jurídica, los textos que versen sobre especiales ramas como Teoría de la Prueba y Derecho Procesal, ahora más que nunca, cuando nuestra sociedad se recupera de los efectos negativos de una quiebra moral sin límites; sin embargo, nuestro país empieza a percibir los primeros beneficios del éxito doctrinario

internacional, pero, a pesar de ello nuestra Judicatura es cuestionada por su poca idoneidad profesional, vale decir, por una ausencia de valores, principios y escasa preparación profesional.

Por ello, corresponde a las Universidades, sus Profesores, los Estudiantes de Derecho, tanto a nivel de pre grado como postgrado, tratar de proseguir con el cambio permanente que toda disciplina jurídica requiere en pos de adaptarse a los nuevos cambios, llenando vacíos doctrinales, si cabe la metáfora.

El breve estudio de *“La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho”*, considero que ha sido desarrollada teniendo en cuenta la metodología adecuada, abordando diversas instituciones en base a lo poco que puede encontrarse en la bibliografía nacional y mayormente en algunos prestigiosos tratadistas, principalmente españoles y argentinos, doctrinas, que bien sabemos, van a la vanguardia en los estudios del derecho dentro de nuestra tradición jurídica; por eso, es que éste trabajo, *al margen de lo estudiado y tratado*, se ilustra con citas pertinentes, doctrina idónea y novedosa así como de las debidas conclusiones y resúmenes.

Ofrecer nuestra visión de la temática, con firmeza en las fuentes, con datos contrastados, pero sin caer en vanidosa erudición, es el objetivo del presente trabajo.

En los párrafos siguientes describiremos cada uno de los ítems que hemos planificado con el fin de tratar el tema y cumplir con nuestros objetivos.

Entendiendo que éste trabajo se trata de las sentencias arbitrarias, he considerado pertinente, abordar el tema desde un método inductivo, es decir, de lo mínimo a lo general, algo así, como los pasos necesarios y previos que hay que conocer para emitir una sentencia debida y motivada, es por eso que en el primer capítulo de manera sucinta se ha tratado el tema del “Razonamiento Jurídico”, donde descubriremos las teorías al respecto y la necesidad de entender, comprender y aplicar un razonamiento basado en una racionalidad de lo hechos, alegaciones y derechos aportados por las partes al proceso sin que el Juez, pueda a raja tabla, emitir una sentencia razonando por razonar, o lo que es lo mismo, sin razonar.

En el segundo capítulo entramos a tratar sobre la “Motivación Judicial”, es decir, después de entender lo que significa obtener y lograr un razonamiento jurídico, es necesario comprender lo que significa motivar, esto como una garantía del derecho fundamental de las personas y, su diferenciación con lo que es la fundamentación, pues, una sentencia carente de motivación deviene en arbitraria y sin una debida fundamentación razonada en derecho deviene en una resolución anclada fuera de todo respeto constitucional, social y público, afectando lo que las partes de un conflicto pretender encontrar, cuando confiados, recurren al órgano jurisdiccional como ente del Estado encargado de velar por los intereses de toda la sociedad, esto sólo si entendemos al proceso como una función publicista y socializadora.

El tercer capítulo denominado de la “Doctrina sobre la Sentencia Arbitraria”, tratamos de todos los supuestos cuando nos encontramos frente a una sentencia arbitraria, ésta según la doctrina española y argentina puede presentarse cuando se expida una sentencia y esta omita consideraciones de derecho aplicable y vigente al caso concreto, cuando se omita una ausencia de pruebas o cuando no se hayan admitido, actuado ni valorado éstas, sobre todo respetando los principios básicos de todo el derecho a la prueba.

El Derecho es principalmente una forma de saber teórico rectora de cierto género de relaciones ínter subjetivas. La práctica debe inspirarse en la teoría. Ojala que las ideas expuestas aquí sean el inicio de reflexiones futuras, para lograr un mayor conocimiento de la ciencia procesal en nuestro país y, como medio de inspiración, pues, cualquier reforma debe sustentarse en base a principios.

Por nuestra parte, atentos a las necesidades y exigencias del quehacer jurídico, no hemos escatimado algunas horas de nuestro trabajo diario, para poner en manos de la Facultad, este pequeño trabajo de un tema tan trascendental y de tanta necesidad como el presente. Recalamos que la naturaleza de este estudio, aspira a ser sólo una contribución, un punto de arranque.

CAPITULO I. RAZONAMIENTO JURÍDICO

I.- GENERALIDADES.

En el Capítulo XLV “*De cómo el gran Sancho Panza tomó la posesión de su ínsula, y del modo que comenzó a gobernar*”, de la obra “El Ingenioso Caballero Don Quijote de la Mancha”, Parte II, Miguel de Cervantes Saavedra, magistralmente reproduce la forma en que Sancho Panza soluciona los conflictos que son presentados ante él para su solución, utilizando simplemente su intuición e ingenio.¹

¹ “-Señor gobernador, yo y este hombre labrador venimos ante vuestra merced en razón que este buen hombre llegó a mi tienda ayer (que yo, con perdón de los presentes, soy sastre examinado, que Dios sea bendito), y, poniéndome un pedazo de paño en las manos, me preguntó: «Señor, ¿habría en esto paño harto para hacerme una caperuza?» Yo, tanteando el paño, le respondí que sí; él debióse de imaginar, a lo que yo imagino, e imaginé bien, que sin duda yo le quería hurtar alguna parte del paño, fundándose en su malicia y en la mala opinión de los sastres, y replicóme que mirase si habría para dos; adivinéle el pensamiento y díjele que sí; y él, caballero en su dañada y primera intención, fue añadiendo caperuzas, y yo añadiendo síes, hasta que llegamos a cinco caperuzas, y ahora en este punto acaba de venir por ellas: yo se las doy, y no me quiere pagar la hechura, antes me pide que le pague o vuelva su paño.

—¿Es todo esto así, hermano? —preguntó Sancho.

—Sí, señor —respondió el hombre—, pero hágale vuestra merced que muestre las cinco caperuzas que me ha hecho.

—De buena gana —respondió el sastre.

Y, sacando en continente la mano debajo del herruelo, mostró en ella cinco caperuzas puestas en las cinco cabezas de los dedos de la mano, y dijo:

—He aquí las cinco caperuzas que este buen hombre me pide, y en Dios y en mi conciencia que no me ha quedado nada del paño, y yo daré la obra a vista de veedores del oficio.

Todos los presentes se rieron de la multitud de las caperuzas y del nuevo pleito. Sancho se puso a considerar un poco, y dijo:

—**Paréceme que en este pleito no ha de haber largas dilaciones, sino juzgar luego a juicio de buen varón;** y así, yo doy por sentencia que el sastre pierda las hechuras, y el labrador el paño, y las caperuzas se lleven a los presos de la cárcel, y no haya más.

Si la sentencia pasada de la bolsa del ganadero movió a admiración a los circunstantes, ésta les provocó a risa; pero, en fin, se hizo lo que mandó el gobernador; ante el cual se presentaron dos hombres ancianos; el uno traía una cañaheja por báculo, y el sin báculo dijo:

—Señor, a este buen hombre le presté días ha diez escudos de oro en oro, por hacerle placer y buena obra, con condición que me los volviese cuando se los pidiese; pasáronse muchos días sin pedírselos, por no ponerle en mayor necesidad de volvérmelos que la que él tenía cuando yo se los presté; pero, por parecerme que se descuidaba en la paga, se los he pedido una y muchas veces, y no solamente no me los vuelve, pero me los niega y dice que nunca tales diez escudos le presté, y que si se los presté, que ya me los ha vuelto. Yo no tengo testigos ni del prestado ni de la vuelta, porque no me los ha vuelto; querría que vuestra merced le tomase juramento, y si jurare que me los ha vuelto, yo se los perdono para aquí y para delante de Dios.

—¿Qué decís vos a esto, buen viejo del báculo? —dijo Sancho.

A lo que dijo el viejo:

—Yo, señor, confieso que me los prestó, y baje vuestra merced esa vara; y, pues él lo deja en mi juramento, yo juraré como se los he vuelto y pagado real y verdaderamente.

Bajó el gobernador la vara, y, en tanto, el viejo del báculo dio el báculo al otro viejo, que se le tuviese en tanto que juraba, como si le embarazara mucho, y luego puso la mano en la cruz de la vara, diciendo que era verdad que se le habían prestado aquellos diez escudos que se le pedían; pero que él se los había vuelto de su mano a la suya, y que por no caer en ello se los volvía a pedir por momentos. Viendo lo cual el gran gobernador, preguntó al acreedor qué respondía a lo que decía su contrario; y dijo que sin duda alguna su deudor debía de decir verdad, porque le tenía por hombre de bien y buen cristiano, y que a él se le debía de haber olvidado el cómo y cuándo se los había vuelto, y que desde allí en adelante jamás le pediría nada. Tornó a tomar su báculo el deudor, y, bajando la cabeza, se salió del juzgado. **Visto lo cual Sancho, y que sin más ni más se iba, y viendo también la paciencia del demandante, inclinó la cabeza sobre el pecho, y poniéndose el índice de la mano derecha sobre las cejas y las narices, estuvo como pensativo un pequeño espacio,** y luego alzó la cabeza y mandó que le llamasen al viejo del báculo, que ya se había ido. Trujéronsele, y, en viéndole Sancho, le dijo:

—Dadme, buen hombre, ese báculo, que le he menester.

—De muy buena gana —respondió el viejo—: hele aquí, señor.

Y púsosele en la mano. Tomóle Sancho, y, dándosele al otro viejo, le dijo:

—Andad con Dios, que ya vais pagado.

—¿Yo, señor? —respondió el viejo—. Pues, ¿vale esta cañaheja diez escudos de oro?

—Sí —dijo el gobernador—; o si no, yo soy el mayor porro del mundo. Y ahora se verá si tengo yo caletre para gobernar todo un reino.

Y mandó que allí, delante de todos, se rompiese y abriese la caña. Hízose así, y en el corazón della hallaron diez escudos en oro. **Quedaron todos admirados, y tuvieron a su gobernador por un nuevo Salomón.**

Preguntáronle de dónde había colegido que en aquella cañaheja estaban aquellos diez escudos, y respondió que de haberle visto dar el viejo que juraba, a su contrario, aquel báculo, en tanto que hacía el juramento, y jurar que se los había dado real y verdaderamente, y que, en acabando de jurar, le tornó a pedir el báculo, le vino a la imaginación que dentro dél estaba la paga de lo que pedían. De donde se podía colegir que los que gobiernan, aunque sean unos tontos, tal vez los encamina Dios en sus juicios; y más, que él había oído contar otro caso como aquél al cura de su lugar, y que él tenía tan gran memoria, que, a no olvidársele todo aquello de que quería acordarse, no hubiera tal memoria en toda la ínsula.

Finalmente, el un viejo corrido y el otro pagado, se fueron, y los presentes quedaron admirados, y el que escribía las palabras, hechos y movimientos de Sancho no acababa de determinarse si le tendría y pondría por tonto o por discreto.

Luego, acabado este pleito, entró en el juzgado una mujer asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico, la cual venía dando grandes voces, diciendo:

—¡**Justicia, señor gobernador, justicia,** y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y, ¡desdichada de mí!, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros; y yo, siempre dura como un alcorcho, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

—Aun eso está por averiguar: si tiene limpias o no las manos este galán —dijo Sancho.

Y, volviéndose al hombre, le dijo qué decía y respondía a la querrela de aquella mujer. El cual, todo turbado, respondió:

—Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socialñas poco menos de lo que ellos valían; volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos juntos; paguéle lo soficiente, y ella, mal contenta, asió de mí, y no me ha dejado hasta traerme a este puesto. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago o pienso hacer; y ésta es toda la verdad, sin faltar meaja.

Entonces el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero en plata; él dijo que hasta veinte ducados tenía en el seno, en una bolsa de cuero. Mandó que la sacase y se la entregase, así como estaba, a la querellante; él lo hizo temblando; tomóla la mujer, y, haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud del señor gobernador, que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas; y con esto se salió del juzgado, llevando la bolsa asida con entrambas manos, aunque primero miró si era de plata la moneda que llevaba dentro.

No obstante lo ocuriente de la narración indicada, los Jueces no pueden, ni deben tener como único elemento de juicio para tomar sus decisiones el recurso de su simple y propia intuición como herramienta para resolver los conflictos que se les puedan presentar para su tramitación.² Aún en los supuestos en que podría parecer que los Jueces hacen uso de presentimientos o corazonadas, el desarrollo de un análisis del conflicto y de la solución a dicho conflicto está y debe estar presente siempre.³

Apenas salió, cuando Sancho dijo al ganadero, que ya se le saltaban las lágrimas, y los ojos y el corazón se iban tras su bolsa:

—Buen hombre, id tras aquella mujer y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volved aquí con ella.

Y no lo dijo a tonto ni a sordo, porque luego partió como un rayo y fue a lo que se le mandaba. Todos los presentes estaban suspensos, esperando el fin de aquel pleito, y de allí a poco volvieron el hombre y la mujer más asidos y aferrados que la vez primera: ella la saya levantada y en el regazo puesta la bolsa, y el hombre pugnando por quitársela; mas no era posible, según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo:

—¡Justicia de Dios y del mundo! Mire vuestra merced, señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor deste desalmado, que, en mitad de poblado y en mitad de la calle, me ha querido quitar la bolsa que vuestra merced mandó darme.

—Y ¿háosla quitado? —preguntó el gobernador.

—¿Cómo quitar? —respondió la mujer—. Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa. ¡Bonita es la niña! ¡Otros gatos me han de echar a las barbas, que no este desventurado y asqueroso! ¡Tenazas y martillos, mazos y escoplos no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aun garras de leones: antes el ánimo de en mitad en mitad de las carnes!

—Ella tiene razón —dijo el hombre—, y yo me doy por rendido y sin fuer-zas, y confieso que las mías no son bastantes para quitársela, y déjola.

Entonces el gobernador dijo a la mujer:

—Mostrad, honrada y valiente, esa bolsa.

Ella se la dio luego, y el gobernador se la volvió al hombre, y dijo a la esforzada y no forzada:

—Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrárades, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta ínsula ni en seis leguas a la redonda, so pena de docientos azotes. ¡Andad luego digo, churrillera, desvergonzada y embaidora!

Espantóse la mujer y fuese cabizbaja y mal contenta, y el gobernador dijo al hombre:

—Buen hombre, andad con Dios a vuestro lugar con vuestro dinero, y de aquí adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie.

El hombre le dio las gracias lo peor que supo, y fuese, y los circunstantes quedaron admirados de nuevo de los juicios y sentencias de su nuevo gobernador.”

² La Constitución Política del Perú señala en su art. 149º, lo siguiente: “**Artículo 149º.** Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Debe notarse que la norma indicada alude al “derecho consuetudinario” y a que la aplicación de dichas normas no suponga la violación de derechos fundamentales de la persona, como serían el derecho a un proceso con las garantías mínimas como el derecho a la contradicción e implícitamente supone el ofrecer medios probatorios y a probar. Esta norma constitucional, a nuestro criterio no supone la libertad total de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas para aplicar su derecho de forma arbitraria.

³ Ver, HUTCHENSON, Joseph C. *El juicio por intuición: La función de la corazonada en la decisión judicial en Reforma Judicial*, Revista Mexicana de Justicia. Enero-Junio 2004, N° 3, 2004. Págs. 75-78.

“...yo después de examinar minuciosamente todo el material disponible y reflexionar cabalmente en torno a todas las pruebas aportadas, dejo volar mi imaginación y mientras medito al respecto, espero mi presentimiento —mi corazonada— ese intuitivo destello de luz y entendimiento que permite, de forma repentina, dilucidar la conexión entre duda y decisión, y que en el punto donde el sendero de la ley es profundamente oscuro tiende su luz a lo largo del camino”.

II.- RAZONAMIENTO JUDICIAL.

La importancia por el tema del *razonamiento judicial*, teniendo en cuenta la idea de la justificación de las resoluciones jurisdiccionales, tiene como fuente u origen el rechazo a un determinismo metodológico o a un criterio de aplicación mecánica del derecho, así como el rechazo de la postura que supone que las decisiones judiciales son puros actos de voluntades irracionales; es decir, una pura opción arbitraria entre varias alternativas posibles. En este contexto, la complejidad e imperfección formal de los actuales ordenamientos jurídicos, permite desechar la idea que cada ordenamiento jurídico ofrece la solución a cada uno de los casos individuales que se puedan presentar.

Así, en muchas oportunidades los Jueces se encuentran y enfrentan una “*situación de elección*” en la que deben optar por una entre las diversas alternativas jurídicamente posibles.⁴

De esta forma; si la aplicación del Derecho no puede reducirse a la remisión de ciertos enunciados jurídicos y a unos simples y llanos hechos alegados y afirmados por las partes y que al Juez le producen certeza y convicción sobre los mismos; es que las nociones de razonamiento y justificación ocupan un lugar tan importante como el principio de legalidad; por lo que se puede afirmar que no hay aplicación del Derecho sin justificación.

Sin embargo, sólo puede demostrarse que una decisión está justificada si es que se ofrecen las razones en apoyo de la misma, razones que no pueden ser entendidas como un simple requisito meramente formal – en este caso el requisito se cumpliría incluyendo cualquier razón - sino que debe ser una razón *materi*al, es decir, debe tratarse de buenas razones.⁵

Con lo expuesto podemos afirmar que el Razonamiento Jurídico para una buena decisión supone realizar:

⁴ Los problemas que la aplicación de Derecho plantea pueden reconducirse a: 1) La vaguedad y ambigüedad del lenguaje legal, 2) la posibilidad de contradicciones, 3) la eventualidad de lagunas, 4) la discrepancia en cuanto a lo que deben considerarse hechos probados, y, 5) la indeterminación de la consecuencia jurídica. Ver, ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Págs. 250-251.

⁵ Ibid, p. 252.

La autora señala, siguiendo a Atienza, que en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las *decisiones* sino las *razones* que pueden darse a favor de las *decisiones*.

- a) Una primera aproximación a los hechos del caso en conflicto;
- b) Realizar la selección del material jurídico aplicable;
- c) Interpretación del material jurídico reunido;
- d) La acción de subsumir los hechos acreditados en el material jurídico interpretado;
- e) La elucidación de la decisión a la luz del sistema jurídico;
- f) La comunicación de la decisión y su justificación.

III.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Sabemos que la Ley es igual para todos y, que todo individuo haciendo uso de la facultad o poder conferido por el Derecho Subjetivo amparado en el Derecho Objetivo está a disposición de todos para poder ser invocado ante los Tribunales, sin embargo nos preguntamos ¿Por qué hay buenos y malos Abogados, Jueces y Fiscales?, ¿Qué marca la diferencia entre un buen Jurista y otro que no lo es?

La respuesta unívoca consiste y reside en sus marcadas diferencias y deficiencias en su capacidad para argumentar.

Entonces debemos comprender la necesidad que tienen todos los juristas por aprender, comprender, saber y aplicar cómo argumentar.

A la disciplina que se ocupa de establecer estas cuestiones se le ha llamado teoría de la argumentación jurídica.

1.- Teorías sobre la argumentación jurídica.

Ha habido muchas teorías sobre la argumentación, una breve descripción de todas ellas, nos la refieren GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA: “Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos; los realistas han replicado que el razonamiento jurídico nada tiene que ver con la lógica, sino más bien con la ideología, las emociones y las corazonadas; otros han rescatado de la antigüedad clásica la retórica y la tópica para concebir al razonamiento jurídico como una simple técnica de persuasión o de invención a partir de lugares comunes. Sin embargo; según las corrientes críticas el Derecho representa una cobertura ideológica al servicio de las clases dominantes, lo cual justificaría prácticas correctivas por parte de los Jueces en forma de activismo judicial (uso alternativo del Derecho de los años sesenta - setenta) o

de una interpretación del Derecho que optimice sus posibilidades morales de acuerdo con la Constitución (el galantismo de los ochenta -noventa). También hay quienes han visto tras el Derecho y su aplicación, una voluntad divina (iusnaturalismo) o alguna forma de orden moral objetivo (DWORKIN), sin olvidar que no hace mucho, incluso el influyente filósofo Jürgen HABERMAS se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión iusfilosófica *Facticidad y validez*⁶

La superación de todas estas teorías se logra a partir de 1978, año en que aparecen las dos obras cumbres de la teoría de la argumentación jurídica continental y anglo americana, respectivamente, *Teoría de la Argumentación Jurídica* de Robert ALEXANDER y *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MAC CORMICK.

“Esta teorías han puesto de manifiesto insistentemente las insuficiencias que presentan tanto la concepción puramente formalista del razonamiento jurídico, que reduce la aplicación del derecho aun silogismo, como la concepción irracionalista y que reduce la aplicación del Derecho a simples expresiones de emociones. Pero la teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de una análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho.”⁷

La RACIONABILIDAD representará en adelante la clave de justificación de las decisiones jurídicas.

2.- Definición de la Teoría de la Argumentación Jurídica.

Para GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA “Con el sintagma teoría de la argumentación jurídica (...) se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho”⁸

a).- La teoría de la argumentación jurídica es una teoría que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica de los juristas, crea un metalenguaje – con sus propios instrumentos y presupuestos - cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los juristas.

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones Fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003. Pág. 44.

⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. ...Ob. Cit...Pág. 45.

⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. ...Ob. Cit...Pág. 46.

b).- La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto la argumentación. Argumentar significa dar razones que justifiquen un determinado enunciado. Argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué debemos (o no) comportarnos en cierto o de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer premisas, normativas o no⁹, de una inferencia práctica normativa¹⁰, es decir de un razonamiento cuya conclusión es una norma¹¹.

c).- La teoría de la argumentación jurídica se orienta al estudio de la argumentación a través de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. Se ocupa de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Sabemos que la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: por los sujetos, por el legislador, por los medios de comunicación, por la Doctrina Jurídica; pero se concentrará principalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los Jueces.

3.- Racionalidad y Derecho.

La teoría de la argumentación jurídica parte de la premisa que es posible hablar de racionalidad en el Derecho.

Si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallaríamos en el mundo del capricho, de las preferencias puramente personales y, sobre todo eso no se discute, no se argumenta.

Hoy, interesa resaltar el papel de la razón, no ya en la producción del Derecho Objetivo, sino en la interpretación y aplicación del Derecho. “Conferir racionalidad (...) a la aplicación del derecho y preservarla de la arbitrariedad constituye el objetivo del método jurídico...”¹², consiste pues, en dar justificación o argumentar las decisiones jurídicas; que en sí es la idea del método jurídico, por lo que vemos entonces que coinciden en el mismo campo de aplicación, la metodología del derecho y la teoría de la argumentación jurídica.

⁹ Entre los enunciados que forman parte de una argumentación en una sentencia figuran enunciados descriptivos, definiciones o expresiones de sentimientos –enunciados no normativos- , que vendrían a ser los fundamentos de hecho.

¹⁰ Entre las premisas de una inferencia práctica normativa debe haber por lo menos una norma.

¹¹ La conclusión del razonamiento práctico presenta carácter normativo, es decir presenta normalmente un enunciado en el que se ordena, prohíbe o permite alguna acción.

¹² GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. ...Ob. Cit...Pág. 75

4.- Lógica jurídica o deóntica.

Desde la antigüedad una de las razones del desarrollo de la lógica era la necesidad de controlar la validez de los diferentes argumentos y alegatos, incluso ante los Tribunales, es decir, consiste en el intento de construir un discurso racional en el ámbito del derecho donde es habitual referirse a una lógica jurídica o lógica deóntica¹³. “Si se acepta que la lógica ofrece un criterio importante para evaluar la racionalidad de un discurso, entonces, es de gran importancia el análisis del papel que desempeña el razonamiento deductivo en el conocimiento y justificación del derecho”¹⁴

5.-¿Qué es argumentar?

El tema principal de partida supone contestar a la pregunta ¿Qué es argumentar?

En ese sentido, debemos afirmar que **argumentar**, es dar razones sustantivas que apoyen una decisión.

Por tal razón, la argumentación supone un proceso argumentativo, donde intervienen premisas organizadas lógicamente que preceden a una conclusión lógica.

La argumentación es de naturaleza lingüística y se plasma en un conjunto de enunciados. Como proceso lingüístico, la argumentación es un acto de comunicación.¹⁵

6.- Concepciones de la argumentación.

Siguiendo a ATIENZA, señalamos que son concepciones de la argumentación: La

a).- Formal o lógica: que a grandes rasgos, supone que;

- Se satisface al señalar la premisa normativa (artículo legislativo) y la premisa fáctica (folios que contienen pruebas del hecho).
- De ambas premisas se deduce una conclusión.
- Dicha conclusión está contenida en la parte resolutive de la decisión.

¹³ Algunos autores sostienen que el razonamiento jurídico esta sujeto a una lógica jurídica especial, algunas veces significará que el razonamiento jurídico no está sujeto a leyes lógicas, pero, de modo más frecuente, indica una creencia que hay reglas adicionales de lógica que se aplican solamente al razonamiento jurídico.

¹⁴ MORESO, Juan; NAVARRO, Pablo y REDONDO, María. *Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial* en Doxa, N° 11. Alicante: Universidad de Alicante, 1992. Pág. 247.

¹⁵ La Argumentación puede responder al uso de alguno de los siguientes modelos:

Modelo Retórico: Basado en el uso de técnicas discursivas para lograr la adhesión del auditorio a la tesis presentada, lo cual importa un acuerdo sobre ciertos valores y su aplicación

Modelo Consensual: Basado en un criterio de racionalidad orientado al resultado del razonamiento jurídico. Aquí el consenso es el que determina la corrección de la decisión jurídica, por lo que debe fundarse en su aceptabilidad racional

Modelo Procedimental: Basado en la corrección del procedimiento que conduce a la decisión, el que respeta las reglas de la justificación interna y externa del razonamiento

b).- Material o sustantiva: En este trabajo adoptaremos esta concepción.

Muy someramente implica:

- Se dan un conjunto de razones (motivos, fundamentos) para apoyar la premisa normativa. Se razona en base a principios, derechos, valores.
- Lo propio se hace con la premisa fáctica, desarrollando argumentos en base a reglas o máximas de experiencia, conocimientos científicos, principios lógicos, psicológicos y reglas probatorias.

c).- Pragmática (dialéctica o retórica): supone:

- La DIALÉCTICA es la que opone argumentos de ambas partes en el procedimiento, y va tomando decisiones parciales sobre cada cuestión. Es bidireccional.
- La RETÓRICA es la que se dirige a un solo auditorio de manera unidireccional, tomando como base de la argumentación los tópicos o argumentos de sentido común entre los juristas.

7.- La Decisión judicial.

Una decisión judicial puede ser explicada o justificada, es decir, puede tener Razones Explicativas y Razones Justificativas.

Las razones explicativas se presentan y dan cuenta de los móviles psicológicos que indujeron al juzgador a tomar una decisión.

Por otro lado, las razones justificativas están dirigidas a presentar argumentos para hacer aceptable la decisión y mostrar su adecuación al marco jurídico vigente.¹⁶

8.- Corrección de la Decisión Judicial.

Según Michelle TARUFFO, la justicia –corrección - de la decisión importa un algoritmo que abarca y relaciona tres criterios:

¹⁶ Contexto de Descubrimiento y Contexto de Justificación

El contexto de descubrimiento es aquél en el cual se *descubre* o *sostiene* una solución jurídica para un determinado conflicto (cómo llegamos a descubrir o mantener una hipótesis)

El contexto de justificación es aquél en el cual se pasa a dar las razones que fundamentan una decisión judicial tomada (la cuestión de aceptarla o rechazarla).

- a).- La corrección de la elección e interpretación de la regla jurídica aplicable al caso.
- b).- La comprobación fiable de los hechos relevantes del caso.
- c).- El empleo de un proceso válido y justo para llegar a la decisión.

CAPITULO II. MOTIVACIÓN JUDICIAL y su Diferencia con la Fundamentación

I.- REQUISITOS DE TODO FALLO JUDICIAL.-

La prestación del servicio jurisdiccional se obtiene cuando después de un proceso o de los trámites adecuados, el Juez o Tribunal expide una sentencia que pone fin a la instancia; resolución que implica un acto decisorio que a través de un juicio racional y voluntario conlleva a la apreciación subjetiva de conformidad o disconformidad con la pretensión ejercida por los sujetos de derechos con el derecho objetivo, otorgando o denegando ésta.

Entonces mediante esta resolución – la sentencia - se materializa la tutela judicial efectiva y, ésta tiene y debe reunir una serie de requisitos, es decir, **DEBE ESTAR MOTIVADA Y FUNDAMENTADA** en derecho.

Sin embargo, a lo que nuestro trabajo se refiere sólo nos importa la motivación de las sentencias, por ello pasamos a dar una diferenciación entre lo que es fundamentar y motivar y, posteriormente nos dedicaremos a la motivación por ser materia de este trabajo.

II. DIFERENCIA ENTRE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN.

Motivación y fundamentación no son conceptos sinónimos, aunque están íntimamente relacionados.

Una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser razonada o motivada, puede citar muchas normas pero no explicar el enlace de esas normas con la realidad que se está juzgando. Por ello la fundamentación consiste en explicar y, o interpretar la norma jurídica aplicable al caso concreto que se juzga, no basta con citar ni copiar una norma

jurídica, si no que debe explicar porqué e interpretar la norma jurídica que se aplica al caso juzgado o decidido.

Asimismo, una resolución puede ser razonada y/o motivada, pero no estar fundada en Derecho, supuesto que se daría si un Juez justificara su resolución en supuestos puramente históricos o periodísticos, ajenos al ordenamiento jurídico o no reconocible como aplicación del sistema jurídico.

La Motivación, es algo más, implica algo más que fundamentar; es la explicación de la fundamentación, es decir, consiste en explicar la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico.

La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la explicación de las razones dirigidas a las partes, ha de explicar el proceso de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es pues una prohibición de arbitrariedad.

1.- Necesidad de la motivación.

La necesidad de la motivación en las sentencias se encuentra establecida en el artículo 139 numeral 5)¹⁷ de nuestra Constitución como un derecho constitucional y por ende un derecho fundamental a un debido proceso.

Así mismo, La Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 12^o¹⁸ hace referencia a la motivación como un principio general, es decir como una pauta que guía todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico.

Por otro lado, en El Código Procesal Civil encontramos en el artículo 50^o numeral 5)¹⁹ como un deber del Juez el de motivar las sentencias, es decir que su incumplimiento

¹⁷ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
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.

(...)"

¹⁸ "Artículo 12.- Motivación de resoluciones

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

¹⁹ "Artículo 50.- Deberes.-

origina sanciones de diversa índole, y el artículo 122° numeral 4)²⁰ también prescribe y contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por el juez es causal de nulidad.

2.- Finalidad de la motivación.

Nos dice CHAMORO BERNAL, basándose en una sentencia del TC Español que "...la finalidad de la motivación en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que:

- 1°. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.
- 2°. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución.
- 3°. Permite la efectividad de los recursos.
- 4°. Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la ley.

No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar porque encajan"²¹

3.- Debida motivación.

La motivación de una resolución -en especial de una sentencia- supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico concreto, no abstracto, particular, no genérico, esta justificación debe incluir:

- a).- Un juicio lógico.
- b).- Motivación razonada del derecho.

Son deberes de los Jueces en el proceso:

(...)

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

(...)"

²⁰ "Artículo 122.- Contenido y suscripción de las resoluciones.-

Las resoluciones contienen:

(...)

3. 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; (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27524 publicada el 06-10-2001.

(,,,"

²¹ CHAMORORO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994. Pág. 205.

- c).- Motivación razonada de los hechos.
- d).- Respuesta a las pretensiones de las partes.

4.- Sobre la lógica jurídica.

Implica un control del razonamiento del juez. Este control por cierto, no sale de los límites de lo formal-lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar. Por encima de todo rige la lógica jurídica "...o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma"²²

a).- Control de logicidad:

Nos dice GHIRARDI que "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*."²³

En consecuencia, no sólo la sentencia debe estar bien motivada, antes debe estar bien fundada -lógicamente bien fundada- esto es, que se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el juez superior) si éste (el razonamiento) ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar, es decir, todas las reglas fundamentales que la ciencia de la Lógica ha puesto de manifiesto desde que la concibiera Aristóteles, no debe vulnerarse entonces, las leyes de la razón.

b).- Los errores *in cogitando*:

Los errores de este tipo son dos:

- a) Falta de motivación y
- b) Defectuosa motivación.

²² FRAGUEIRO, Alfredo citado por GHIRARDI Olsen A. *El Razonamiento Judicial*. Lima: Academia de la Magistratura, 1997. Pág. 105-106.

²³ GHIRARDI Olsen A.*Ob. Cit.*..... Pág. 106

Dentro de este último tenemos:

- a) Aparente motivación;
- b) Insuficiente motivación; y
- c) Defectuosa motivación propiamente dicha.

- **Falta de motivación:** simplemente no existe motivación o la misma no es considerada como tal
- **Defectuosa motivación:** tiene tres clases:
 - Motivación aparente: se presenta una aparente motivación cuando se viola los principios lógicos del pensar y de las reglas de la experiencia.
 - Motivación insuficiente: se presenta cuando se vulneran los principios lógicos de razón suficiente²⁴. El juez aplica en mayor medida el principio de razón suficiente cuyo objeto es el obrar (conducta humana) por una parte y el pensar por otra,
 - Motivación defectuosa en sentido estricto: la motivación es defectuosa en sentido estricto, cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.
- Dos principios: estos principios rigen para un razonamiento correcto:
 - Principio de verificabilidad: la motivación del juez así como la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que pueda ser verificada, esto es que los motivos deban ser claros y expresos, lo cual proscribire toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos y ambiguos o tácitos.
 - Principio de la racionalidad: desde el punto de vista formal (lógico-formal) la decisión debe ser fruto de un acto de la razón, no fruto de la arbitrariedad, debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana.

5.- Sobre la respuesta a las pretensiones de las partes.

Lo que debe tenerse en cuenta es que el fallo debe dar respuesta a la o a las pretensiones de las partes. El Juzgador o el Tribunal debe pronunciarse sobre una o

²⁴ Fue LEIBNIZ quien reseñó este principio ontológico: “ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”.

varias pretensiones, según sea el caso, ya que esto es una exigencia lógica del principio procesal de congruencia, ya que cualquier anomalía al respecto es un asunto de incongruencia.

III.- MOTIVACIÓN EN DERECHO

A diferencia de la motivación fáctica y la necesidad de la prueba judicial, la exigencia de que la motivación esté fundada en derecho posee un mayor desarrollo conceptual. Hoy tanto en la Doctrina como en los Tribunales, existe un especial interés por acotar las exigencias que garantizan la racionalidad jurídica de la justificación del elemento jurídico en la sentencia.

La justificación de la decisión jurídica de la causa ha de ser específicamente una motivación fundada en Derecho, es decir una aplicación racional del ordenamiento jurídico al caso concreto, sin que pueda al respecto, no satisfacerse las exigencias constitucionales del deber de motivación con una justificación que no sea jurídica, es decir que no sea fundada en derecho.

Entonces, advertimos que son requisitos exigidos para garantizar que la motivación del juicio se encuentre fundada en derecho: la necesidad de que la justificación del juzgador constituya una aplicación racional del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento; que la justificación de la decisión respete y no vulnere derechos fundamentales; y que la motivación establezca una adecuada conexión entre los hechos y las normas.

1.- La justificación del juzgador sea consecuencia de una aplicación racional de la ley y del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

El juez debe enlazar su decisión con el conjunto de normas vigentes, para de este modo garantizar que la decisión y su correspondiente justificación sean jurídicas por estar y venir apoyadas en normas del ordenamiento jurídico vigente; si el juzgador quiere que la justificación de la decisión sobre el juicio de derecho esté fundada en derecho deberá lograr que la motivación acredite que la decisión es consecuencia de una racional aplicación del sistema de fuentes. Es necesario distinguir tres grandes operaciones que integran una aplicación racional del sistema de fuentes:

a).- Selección de la norma a aplicar:

Lo primero que debe hacer el juzgador a la hora de decidir sobre el juicio de derecho es seleccionar una norma aplicable que le permita resolver la causa. Dicha norma seleccionada debe:

- Ser vigente y válida: se trata de verificar la legalidad de la norma a aplicarse. Nos dice COLOMER HERNÁNDEZ que “Este control de la legalidad se extiende a verificar, de una parte, la vigencia de la norma seleccionada, o lo que es lo mismo, a comprobar que el precepto no haya sido derogado o abrogado del ordenamiento (validez formal) y, de otra parte verificar su constitucionalidad²⁵ y legalidad²⁶ (validez material). Por tanto, toda norma elegida por un juez para respaldar su decisión sobre el juicio habrá de estar vigente y ser válida”.²⁷ La aplicación de una norma no vigente o inválida es un defecto de racionalidad de la sentencia.
- Ser adecuada a las circunstancias del caso: esto es, se obliga a los jueces a seleccionar como justificación de sus decisiones aquellas normas que se corresponden con el objeto del proceso señalado por las partes, así la motivación debe ser acorde con el objeto del proceso diseñado por las partes y resulta evidente que, una motivación en la que se empleen normas de justificación que no sean coherentes con las pretensiones de las partes, no constituirá una racional aplicación del sistema de fuentes.
- Las peticiones de las partes: el parámetro es el *petitum* de la pretensión, ello supone que los jueces no podrán dictar resoluciones al margen de las peticiones de las partes y que los juzgadores no podrán utilizar para justificar sus decisiones, normas cuyo efecto jurídico no se corresponda con alguna de las pretensiones formuladas.
- Las alegaciones de las partes: son las que fijan lo que se conoce como *thema decidendi*, y para ello resulta imprescindible revisar:

²⁵ Significa que la labor del juez a la hora de formular la justificación de la decisión se limita a comprobar si la norma con fuerza de ley que pretende aplicar es contraria a la Constitución.

²⁶ Significa que el juez debe realizar sobre las normas reglamentarias que utilice en la justificación de su decisión, se lleve a cabo inaplicando los reglamentos que sean contrarios a las leyes o a la Constitución.

²⁷ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las Sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Pág. 245-246.

- Alegaciones fácticas: el juzgador necesariamente habrá de escoger aquellas normas que sean conformes con los hechos introducidos por las partes del proceso en virtud del principio dispositivo y el de aportación de parte.
- Alegaciones jurídicas: los jueces no se encuentran vinculados por estas a la hora de seleccionar la base normativa de la motivación, pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, gracias a la aplicación del principio *iura novit curia*.

b).- Correcta aplicación de la norma.

Se establece luego un control de legitimidad. La finalidad de este control es verificar que la aplicación de las normas al concreto caso sea correcta y conforme a Derecho, con estricto respeto de los criterios de aplicación normativa. Sobre este punto, refiere COLOMER HERNÁNDEZ, “Por el contrario, el control de legitimidad puede ser calificado como un control dinámico, por cuanto persigue verificar que la aplicación de las normas de respaldo de la decisión se realice conforme a derecho. Se trata, pues, de verificar que las normas empleadas en la motivación estén perfectamente interrelacionadas con el resto del ordenamiento. Para ello el juez ha de vigilar que usará y aplicará las normas que justifican su decisión y que no esté vulnerando ninguna de las reglas de aplicación normativa previstas en el ordenamiento...”²⁸ tales como: ley especial prevalece sobre la general, el principio de jerarquía normativa, ley posterior deroga a la anterior, etc, si quiere que la justificación contenida sea legítima.

c).- Válida interpretación de la norma.

El juez debe en tercer lugar, realizar una válida interpretación²⁹ debe ser material normativo, para dar significado a la norma previamente seleccionada. Los requisitos que debe cumplir una racional interpretación de las normas para poder fundar adecuadamente la decisión que se adopte sobre la base de dicha interpretación de las normas o declaraciones relevantes para la resolución de la controversia requieren de ciertos momentos, que, según DIEZ PICASO, son:

²⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio...*Ob. Cit...* Págs. 256-257.

²⁹ La interpretación judicial es una actividad dirigida a obtener el significado que debe predicarse de todas aquellas normas jurídicas y declaraciones o comportamientos con trascendencia jurídica, que sean necesarios para resolver el *thema decidendi* de una causa jurisdiccional.

- Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir de todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical.
- La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativos, que implica razonabilidad.
- El esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto de hecho, que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir de todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical.
- La adopción de una decisión por parte del intérprete cuando la consecuencia establecida por la norma no esté plenamente determinada.

2.- La motivación debe respetar los derechos fundamentales.

La simple constatación formal de que existe una motivación en una relación jurisdiccional no es suficiente para considerar válidamente cumplida la obligación de justificar que grava a los juzgadores.

“No hay duda, por tanto, de que la motivación ha de contener una justificación fundada en derecho, es decir que no sólo sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento, sino que además dicha motivación no suponga vulneración de derechos fundamentales”³⁰, si así fuese es procedente un proceso de amparo.

3.- Adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión.

Una tercera exigencia que ha de cumplir la motivación de una sentencia para que pueda considerarse fundada en derecho, es que contenga una adecuada conexión entre los hechos –alegado por las partes y probados- que sirvan de base a la decisión y las normas que le den el correspondiente respaldo normativo. La conexión entre la base fáctica de la

³⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio...Ob. Cit...Pág. 269.

sentencia y las normas que se utilizan para decidir sobre la cuestión jurídica es una exigencia ineludible de una correcta justificación de la decisión sobre el juicio de derecho. De manera que en todos los supuestos en los que la motivación no establezca esa conexión entre los hechos y las normas, la justificación podrá ser tachada o impugnada de arbitraria.

III. MOTIVACIÓN FÁCTICA: NECESIDAD DE LA PRUEBA

A pesar de ser una verdad incuestionable la necesidad y exigencia de motivar las resoluciones jurisdiccionales³¹, la cultura de la motivación aún encuentra resistencia en el ámbito de la prueba.

La motivación de los hechos en cualquier proceso debe ser razonada, con ello éste se hace público para todos y susceptible de ser revisada su corrección y racionalidad en una instancia superior.

Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), es decir en determinar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, la explicitación de las razones que apoyan las verdades de esas afirmaciones, entonces es necesaria la motivación de las razones que tiene que ver con el elemento fáctico.

Pero es deber advertir que la teoría de la argumentación ha dedicado toda su atención al juicio de derecho y una escasa atención al juicio de hecho.

Ahí radica el problema, que sólo se ha limitado el estudio de los juristas a los problemas de interpretación de normas, asumiendo –implícita o explícitamente- que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremediablemente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad judicial, y es ahí precisamente donde el juez soberano puede ser más arbitrario.

1.- La Probática Judicial.

³¹ “Artículo 139º. 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.”

Normalmente en las obras especializadas o en los grandes Tratados se hace referencia a este tema bajo el rótulo de “Prueba judicial” o “Teoría de la Prueba”. Empero si hablamos de “prueba judicial” o de “teoría de la prueba” sólo estaremos hablando técnicamente del concepto de “prueba” más no de conceptos tales como: medios de prueba, objeto de prueba, valoración de la prueba, función de la prueba, etc.

Por eso hablar de “probática judicial” engloba más conceptos y describe con mayor acierto todo el fenómeno.

Término que preferimos utilizar imbuidos en la autoridad del maestro español en probática Luis MUÑOZ Y SABATÉ.³² En probática se hablan de tres conceptos diferenciados y distintos entre sí: una cosa es prueba, y otra cosa es medio de prueba, objeto de la prueba o función de la prueba.

2.- Dos concepciones sobre la probática.

La prueba judicial se encamina a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos pasados relevantes para la causa, la concepción de prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico, es decir, a la epistemología que se adopte.

En atención a la relación existente entre el concepto de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado), existen dos concepciones:

a).- **Concepción congnotivista de la prueba:** “...concibe la prueba como un instrumento de conocimiento o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de conocimiento que sólo es probable”³³, pues se admite que el conocimiento tiene limitaciones obvias. Agrega GASCÓN “Por lo demás, en esta concepción la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control”³⁴

³² Lluís Muñoz I Sabaté en su catalán nativo.

³³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Seminario Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la Prueba*. Madrid: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Escuela Judicial Electoral. Pag. 5.

³⁴ Ibid.

b).- **Concepción persuasiva de la prueba:** siendo el objetivo del proceso dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará obtener un resultado formal que sea operativo. Nos dice GASCÓN “estas propuestas alimentan una concepción persuasiva de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable”³⁵, así pues, averiguar la verdad sobre un enunciado fáctico es un sin sentido y tampoco puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado, pues está persuadido. “Por los demás, una concepción de este tipo es compatible con (...) una concepción irracional de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas.”³⁶

3.- Relaciones verdad – prueba.

Decir que un enunciado fáctico es verdadero significa que los hechos que describe han existido o existen en la realidad o en un mundo independiente; o sea, que es correcta, en el sentido que corresponde con la realidad la descripción de hechos que se formula.

Por otro lado, decir que un enunciado fáctico está probado, significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles y luego se dice en el foro que es verdadero.

Debe observarse que la concepción cognoscitiva tiende a separar ambos conceptos, pues los hechos probados incluso podrían ser falsos, en tanto la concepción persuasiva los identifica, aquí no cabe hablar de verdad o falsedad en estricto, pues, sólo verdadero es lo que resulta probado.

Nosotros, partidarios de una concepción racional, consideramos que se exija distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; se exige, por tanto, el cognoscitismo, concepción según por el que el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo.

4.- La prueba judicial ¿deductiva o inductiva?

³⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 5-6

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 6

El objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa. Surgen como problemas varios. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo tal que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que probar. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos verdaderos. Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse mediante unos cauces institucionales.

En algunos casos, los menores, la verdad de los enunciados fácticos relevantes para la causa puede conocerse por observación de los hechos a que se hace referencia, es la llamada prueba observacional, cuyo grado de certeza puede considerarse absoluto, como es por ejemplo la inspección judicial.

Sin embargo, en la mayoría de casos, el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos, de modo tal que su conocimiento de ellos no es directo ni inmediato, sino indirecto o mediato, es decir, las pruebas en estos casos, no son resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados. Esta inferencia puede ser:

a).- **Prueba deductiva:** cuando las premisas en las que partes de ellas son verdaderas, entonces la conclusión también será verdadera.

Un razonamiento deductivo válido es aquél en que la conclusión sigue necesariamente de las premisas, de manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea. Por ello, este razonamiento se basa en una ley universal, una ley que establece que siempre que se den una circunstancias se producen necesariamente otras. Por ejemplo las pruebas biológicas y científicas.

Pero que un razonamiento sea válido no quiere decir que la conclusión sea verdadera, pues ésta sólo será verdadera si ambas premisas son también verdaderas dado que si la premisa menor es falsa o equivocada, ya no habrá conclusión verdadera, por lo que siempre deben asumirse en grado de probabilidad, por más lata que ésta fuera.

b).- **Prueba inductiva:** Por inducciones se entiende todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad. Por ejemplo leyes del tipo, si alguien odiaba a otra persona muerta, o estaba en el lugar del crimen momentos antes del mismo, es *probable* que la haya matado. Si a esto se

sigue que en el discurso judicial la mayoría de las leyes son sociales y sobre todo máximas de experiencia, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara, pese a la apariencia deductiva del razonamiento.

En ambos casos, debemos admitir la naturaleza probabilística y falible de los resultados probatorios, entonces habrá que tomar medidas de precaución, esto tiene que ver mucho con la valoración de la prueba y los medios de prueba.

5.- Medios de prueba.

a).- **Dos acepciones.** En la Doctrina española se distinguen del concepto “medio de prueba” dos acepciones, es decir existen dos significados del mismo según los distintos contextos en que aparece, en las diversas realidades que emerge.

- En primer lugar significa “...cosa o persona que proporciona la convicción mediante la apreciación sensible al juez”³⁷, en ese sentido serán medios de prueba las personas (un testigo, el declarante de parte) o las cosas (un edificio, un documento escrito, un CD) que mediante el contacto que se instituye entre ellas y el órgano jurisdiccional sirve para crear la certeza judicial. Pero esta primera realidad se le conoce estrictamente por el término **fuentes de prueba**, la misma es un concepto extrajurídico, variable³⁸, amplio³⁹ anterior y ajeno al proceso y por tanto existente con independencia del mismo.
- En segundo lugar, “...por medio de prueba se conoce el conjunto de procedimientos legales que disciplinan la incorporación y práctica de los diversos medios de prueba”⁴⁰, es un mecanismo legal, cerrado y determinado que sólo tiene existencia en el proceso.

Todas las fuentes pueden incorporarse al proceso siempre que lo sea a través de los distintos medios de prueba que la Ley prevé.

b).- **Definición:**

³⁷ ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; 1997. Pág. 163.

³⁸ Son variables porque se perfeccionan y agregan con los avances de la ciencia.

³⁹ Tan amplio son la realidad lo imponga.

⁴⁰ ASCENCIO MELLADO, José María.*Ob. Cit.*...Pág. 164.

“Medios de prueba son, en cambio, propiamente las personas o las cosas de las que se quieren sacar elementos de conocimiento útiles a la investigación de la verdad”⁴¹. “Ha de entenderse por medios de prueba los diversos instrumentos a través de los cuales el órgano judicial obtiene la convicción que se persigue con esta actividad”⁴². “Medios de prueba son los instrumentos que permiten al Juez la apreciación sensible del objeto de la prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que se valen las partes para hacer posible la apreciación judicial de dicho objeto”⁴³. “Medio de prueba es el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el Juez la fuente de donde ha de obtener los motivos para su convicción sobre la verdad (o no) del hecho que se trata de probar, siendo, por tanto, tal medio la cosa que es inspeccionada por él, el documento que examina, etc”⁴⁴.

“Medio de prueba es todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. Medio de prueba es, pues, sea cual sea su naturaleza, un instrumento como su nombre indica: algo que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal. No debe confundirse con el sujeto, ni con la materia, no con la fuente de la prueba, aunque consista en una persona, en una cosa o en una actividad”⁴⁵

Para nosotros es el instrumento o medio que tienen las partes para acreditar un hecho afirmado o lograr la convicción sobre el acaecimiento de un hecho en particular

c).- **Sistemas de admisión: se rigen por dos (2) sistemas de admisión:**

- **Sistema abierto:** se permite ofrecer como cualquier medio de prueba, cualquier instrumento idóneo para demostrar un hecho afirmado. “...la teoría de los *numerus apertus* tiene su base en los principios constitucionales y derechos del mismo rango que rigen en el proceso; no cabría hablar, conforme al art. 24 de la Constitución, de un derecho a la tutela efectiva, y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, sin que se produzca indefensión, si no es admitiendo

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980. Pág. 296.

⁴² ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil. Parte Primera*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. Pág. 163.

⁴³ CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor; GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1995. Pág. 159.

⁴⁴ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, Quinta Edición, 1989. Pág. 146.

⁴⁵ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil, Tercera Edición Corregida, Tomo Primero, Introducción y Parte General*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. Pág. 340.

sin paliativos que cualquier medio o instrumento de transmisión que permita la percepción del objeto de la prueba tiene que ser por naturaleza válido y debe aplicarse sin restricciones en el proceso⁴⁶. Obviamente siempre que no se vulnere derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁴⁷.

- **Sistema cerrado:** verdadera limitación legal de los medios de prueba, se enuncia los medios de prueba admisibles en un proceso o los que se pueden utilizar, solo se permite ofrecer como medios de prueba los que la norma procesal establece en una lista cerrada, lo que permite inferir que existen otros medios de prueba posibles pero que no están permitido su empleo por la ley. En un sistema cerrado cabe la pregunta si la enumeración que hace la ley significa un *numerus clausus* o sin embargo es simplemente indicativa o no limitativa.

Si los medios de prueba son todos los instrumentos que permitan al Juez la percepción del objeto de prueba, sería inútil pensar que sólo los medios regulados por la ley permiten esa transmisión de la percepción de que se habla.

En un sistema como el que tenemos de admisión abierta es inútil mantener esta división.

5.- Valoración de la prueba.

La valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir de las hipótesis). Según GASCÓN “Consiste más precisamente, en evaluar la veracidad de las pruebas (o sea de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. La valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos”⁴⁸.

Es posible configurar en principio, dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente.

⁴⁶ CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor; GIMENO SENDRA. ...Ob. Cit...Pág. 160.

⁴⁷ Nos dice la Jurisprudencia española en la STC 114/84, de 28 de noviembre, a partir de la cual es común que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

⁴⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...Ob. Cit...Pág. 13.

a).- Etimología y origen de los sistemas de valoración:

Según el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española el término sistema significa “1 Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. 2. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto...”⁴⁹

Recogiendo el significado que pueda ser de utilidad, en función de las máximas de la experiencia, se elaboran un conjunto de reglas –codificadas o no- racionales en torno a un objeto determinado, la valoración del resultado que arrojan los medios de prueba. Surgen así los sistemas de valoración de la prueba.

b).- Sistemas de valoración de los medios de prueba.

En Doctrina encontramos, principalmente dos posiciones.

- **Quienes consideran la posibilidad de dos sistemas:**

Su fundamento principal radica en que la valoración de los medios de prueba se ha desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas que hasta hoy –pese a sus cuestionamientos- continúan vigentes. Son de este parecer GUASP⁵⁰, ASCENCIO MELLADO⁵¹, CORTÉS DOMÍNGUEZ⁵², RAMOS MÉNDEZ⁵³.

- Sistema de libre valoración o prueba libre.
- Sistema de valoración legal o prueba tasada

- **Quienes consideran la posibilidad de tres sistemas:**

Comparten la existencia de los dos sistemas de vieja data, empero incluyen también o bien al sistema de persuasión racional o al sistema de valoración conjunta de la prueba.

- Sistema de libre valoración o prueba libre.
- Sistema de valoración legal o prueba tasada.
- Sistema de persuasión racional y de apreciación o valoración conjunta.

⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo XVII, Q.W. Editores S.A.C.; Lima, 2005; p. 1408.

⁵⁰ Ver GUASP, Jaime....*Ob. Cit.*...Pág. 338.

⁵¹ Ver ASCENCIO MELLADO, José María.....*Ob. Cit.*..... Pág. 156.

⁵² Ver CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. ...*Ob. Cit.*.... p. 170.

⁵³ Ver RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997 Pág. 338.

c).- Sistema de Valoración Libre: sobre el mismo podemos referirnos.

- **Definiciones.** Para ASCENCIO MELLADO “Libre valoración de la prueba implica libertad de apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales de los distintos medios practicados sin sujeción por ello a normas legales”⁵⁴.
Sobre el particular RAMOS MÉNDEZ nos dice “Cuando no existen reglas legales de prueba, el juez ha de valorar libremente el resultado que arrojan los medios de prueba, de acuerdo con sus máximas de experiencia comunes”⁵⁵
- **Concepto:** Permite que el juez valore cada medio de prueba por sí mismo, según su libre discreción. El Juez sopesa cada medio de prueba como crea conveniente.
- **Reglas del sano juicio o de la sana crítica:** Referirse a libre valoración no implica decir que tal valoración se hace sin alguna sujeción a ciertas reglas, no se trata de reglas legales o jurisprudenciales, sino a las llamadas reglas de la sana crítica. Ello implica:
 - Prueba libre no quiere decir prueba arbitraria: en la valoración debe resaltar la labor racional y coherente de la labor jurisdiccional del juez, no parece válido que el juez pueda fijar un hecho en la sentencia sin explicar en qué razones basa su convicción o sin que existan éstas; así se erradica toda arbitrariedad.
 - **Reglas de la sana crítica o sano juicio:** “Podemos decir que si las reglas del sano juicio o de la sana crítica no son normas de valoración legal, sí que son indicaciones que la ley hace al juez del modo de valorar la prueba. La ley no impone al juez el resultado de la valoración, pero sí le impone el camino o el medio, en concreto el método de cómo hacer la valoración: ese método es el de la razón y el de la lógica.”⁵⁶
Las reglas de la sana crítica, no son reglas legales ni tasadas, sino normas comunes a todo ser humano, es exclusiva de los Jueces y Magistrados, basadas en la razón, la lógica, en definitiva en las

⁵⁴ ASCENCIO MELLADO, José María.*Ob. Cit....* Pág.. 158.

⁵⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco.....*Ob. Cit.....* Pág. 340.

⁵⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. ...*Ob. Cit....* Pág. 172.

máximas de la experiencia. El Juez debe convencerse a través de los que constituyen máximas de la experiencia generales y admitidas lógicamente por la sociedad en la que actúa y desempeña su función, quedando excluida, pues, no sólo la arbitrariedad, sino la utilización de criterios exclusivamente personales

d).- Sistema de valoración legal o prueba tasada: sobre el mismo podemos referirnos:

- **Definición:** Nos expresa ASCENCIO MELLADO que “En este sistema el legislador establece en la propia ley el valor que el Juez ha de otorgar a los diferentes medios probatorios limitando, pues, el ámbito psicológico del Juez que se ha de ceñir a los resultados expresos del medio practicado”⁵⁷. En el mismo sentido, nos refiere RAMOS MÉNDEZ que “En algunos casos, la ley fija las máximas de experiencia estableciendo un determinado efecto para el resultado de un medio de prueba. Se habla entonces de prueba legal o tasada.”⁵⁸
- **Concepto:** El medio de prueba tiene un valor o peso predeterminado por la norma procesal. La norma procesal le da más valor a algunos medios de prueba que a otros. El juez no tiene capacidad discrecional y sólo aplica lo que la ley le dice, su discrecionalidad está coactada.
- **Justificación:** La influencia o persistencia en criterios antiguos y a veces la necesidad de proteger determinados medios de prueba, por razones de conveniencia y de seguridad jurídica, han determinado el establecimiento de ciertas reglas acerca del valor de las pruebas, que son precisamente las normas de la prueba legal.
- **Argumentos a favor de la prueba legal o tasada:** Algunos autores mencionan algunas ideas por las cuales conviene la implantación de este tipo de sistema. Apunta ASCENCIO MELLADO que “El sistema, en definitiva, es el resultado de asumir máximas de la experiencia comunes y racionales y elevarlas a la categoría de la generalidad, con lo que se evitan posibles arbitrariedades y se gana en seguridad y uniformidad de las resoluciones judiciales.”⁵⁹ Acota RAMOS MÉNDEZ que “Esto se traduce en una perspectiva de seguridad y de uniformidad en las

⁵⁷ ASCENCIO MELLADO, José María.....*Ob. Cit...* Pág. 156.

⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco.....*Ob. Cit...* Pág. 339.

⁵⁹ ASCENCIO MELLADO, José María...*Ob. Cit...* Pág. 157.

resoluciones judiciales y constituye una garantía para el ciudadano desde el punto de vista de la preconstitución de pruebas”⁶⁰

- **Argumentos de rechazo de la prueba legal o tasada:** Por otra parte, algunos autores también señalan algunas ideas por las cuales debe rehusarse el establecimiento de este tipo de sistema. Explica GUASP que “Las normas de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dado el sentido de la prueba misma. Pues siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto y no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas, las creencias. El fenómeno de la prueba legal o prueba tasada constituye una anormalidad jurídica, ya que, destinadas, por esencia, todas las operaciones probatorias a convencer la Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo legal”⁶¹.

Enseña ASCENCIO MELLADO que “Por el contrario, es observable en el mismo cierta rigidez y la imposibilidad, de aplicarse estrictamente, de apreciar excepciones puntuales que son frecuentes en la vida por su variedad y por las posibles manipulaciones de las personas y los objetos materiales que constituyen las fuentes de la prueba.”⁶² Observa RAMOS MÉNDEZ “...por el contrario, se corre el riesgo de obtener meramente verdades formales en el juicio y, si se quiere, podría aducirse un cierto mecanismo a la hora de valorar los resultados probatorios”⁶³

- **Métodos para desvirtuar las normas de la prueba legal:** Frente a estos criterios de prueba legal se fijaron dos correctivos fundamentales, que en ocasiones han llegado a desvirtuar las normas de la tarifa legal.
 - La simulación o fraudulencia de un determinado medio de prueba legal, pues destruida en estos casos la apariencia externa del medio de prueba, pierde lógicamente su eficacia la valoración tasada.
 - El denominado método de apreciación conjunta de la prueba.

⁶⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco....*Ob. Cit...* Pág. 339.

⁶¹ GUASP, Jaime.....*Ob. Cit....* Págs. 338-339.

⁶² ASCENCIO MELLADO, José María...*Ob. Cit...* Pág.. 157.

⁶³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. ...*Ob. Cit...* Pág.. 339.

e).- Crítica a ambos sistemas: Si se asume que la prueba proporciona resultados sólo probables debe descartarse cualquier valoración predeterminada de los medios de prueba, pues es muy posible que en el caso concreto el grado de probabilidad proporcionado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico.

La libre convicción sólo se limita a rechazar las pruebas legales como insuficientes (negativo) para determinar la decisión, no impone ningún criterio (positivo) de valoración, es decir, todavía no dice cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis.

f).- Un modelo de valoración racional: Se va a indicar el tipo de criterio que ha de usarse, si valorar es evaluar la aceptabilidad de los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se considerarán aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado el grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos.

Por eso, el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de la hipótesis.

Siguiendo a GASCÓN se tiene que “En el intento de racionalizar la valoración de la prueba, los modelos más desarrollados son los esquemas inductivos del grado de confirmación. Según estos esquemas, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismo hechos”⁶⁴.

Son requisitos:

- Requisito de la confirmación: Una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) que hace que la existencia de ésta última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es pues una inferencia inductiva, por lo que el grado de confirmación de una hipótesis es equivalente a su probabilidad, es decir, a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de

⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 15

conocimientos disponibles. No existen pruebas suficientes, cualquier prueba relevante es necesaria y por tanto debería ser admitida.

- Requisito de la no refutación: para aceptar una hipótesis es necesario que, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles; es decir, que éstas no se hallen en contradicción con aquella; de ahí la importancia del contradictorio en el procedimiento probatorio.
- Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos: luego de los dos requisitos anteriores, debe verse cuál de las hipótesis en cuenta es la más improbable, que generalmente será aquella que exija un mayor número de eventos y recurrir a un mayor número de principios explicativos auxiliares para permitir la coherencia entre la hipótesis y las pruebas, luego quedaremos con la hipótesis más racional.

7.- El carácter institucional de la prueba judicial.

Siendo la averiguación de la verdad la finalidad principal de la prueba, no es el único valor a perseguir.

La prueba judicial no es una actividad libre sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que se encaminan a proteger, junto con la averiguación de la verdad, otros dos tipos de reglas.

De un lado, un valor que podríamos llamar práctico, que significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto, donde el conocimiento de los hechos pasados que originaron el conflicto no es el objetivo inmediato de la actuación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar, por eso para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, en un tiempo prudente, con reglas claras y con una verdad última y oficial, son ejemplos de estas reglas, la limitación temporal, las formas de justicia negociadas y algunas presunciones.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores que se consideran merecedores de protección; exigiéndose que en la averiguación de la verdad se protejan en todo caso, determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas, son ejemplo de ello, algunas limitaciones y prohibiciones de prueba y la presunción de inocencia.

En verdad, la averiguación judicial de los hechos no es una actividad libre, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que condicionan la obtención del conocimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida

que en algún momento ponga fin al conflicto, bien a garantizar otros valores que junto con la obtención de la verdad, se consideran dignos de protección.

8.- Motivación de la prueba.

Debe tenerse en cuenta que la prueba presenta dos consecuencias de indudable interés. La primera es que la hipótesis (o sea la reconstrucción de los hechos litigiosos y relevantes de la sentencia) debe justificarse, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable, más aún que la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas.

La segunda, es que no obstante, presentarse como justificada, la hipótesis es sólo una probabilidad, por lo que salvo, exigencias institucionales de mayor peso, debe estar sujeta a revisión si surgieran nuevas pruebas.

A la primera de ellas alude la motivación.

Sabemos que motivar una sentencia es una garantía constitucional, pero ha encontrado en la prueba una zona de penumbra, ello debido a que el juicio de hecho –justificación de hecho- aparece como innecesario por no considerársele problema o imposible por habérsela dejado al arbitrio del Juez, donde la motivación, entendida como justificación, sobre hechos es imposible.

“Sin embargo en un modelo cognoscitivista la motivación ni es innecesaria ni es imposible. Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios probatorios pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea estimarse correspondencia con los hechos que describen, entonces es necesaria la motivación, es decir la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del puro decisionismo judicial⁶⁵, y la motivación no pudo dejar de ser controlada aún sobre el espacio de discrecionalidad que posee un juez. En ese sentido, son lamentablemente desafortunadas las interpretaciones del principio de inmediación⁶⁶ y el llamado sistema de apreciación conjunta de la prueba⁶⁷.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 29.

⁶⁶ Sabemos que en probática la inmediación es el contacto del juez con el material probatorio, sólo así puede ser libre en su valoración, ahí el juez recibe una impresión, y si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al

La motivación es un género de justificación plasmada en el documento de la sentencia. Debe diferenciarse dos conceptos, **descubrimiento y justificación**. **Descubrimiento** es el iter intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos, mientras, que la **justificación** hace referencia a las razones por las que esas aserciones pueden entenderse como verdaderas. Siendo exactos con la realidad mental, en el proceso de descubrimiento están presentes operaciones racionales y elementos puramente emotivos o no racionales.

“El corolario de lo anterior resulta claro: la justificación no puede confundirse con el descubrimiento, y por ello la motivación no puede entenderse como la reproducción de causas reales (que pueden ser también psicológicas, sociológicas o puramente intuitivas e irracionales) que han conducido a las afirmaciones sobre hechos, sino sólo el conjunto de argumentos que permiten presentar tales afirmaciones como verdaderas”⁶⁸, y en un contexto de prueba institucionalizado, esta diferencia cobra mayor importancia, en virtud de diversas reglas jurídicas, hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extra procesales que no deben ser tomados en consideración. Entonces, si identificamos ambos conceptos, vemos como resulta imposible motivar todo el proceso mental del juez que lo ha llevado a tomar una decisión, pues tendría que justificar tanto operaciones racionales como no.

En síntesis el Juez no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante patrones de racionalidad, y para ello necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad.

Pero a su vez, la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en éste pueden aparecer elementos no racionales los que no pueden justificarse. Sólo los argumentos racionales han de emplearse y le van a servir al Juez para fundar su decisión.

En cuanto al estilo de la motivación existen dos grandes técnicas de motivación: La analítica y la globalizadora.

material probatorio, conviene preguntarse como se va a racionalizar una impresión, resulta así que la libre valoración, interpretado por el tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo.

⁶⁷ Por el exceso de trabajo, este sistema permite, una declaración genérica de hechos probados sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido. La valoración libre esconde así la falta de motivación.

⁶⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 42.

La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que han conducido finalmente la decisión.

La técnica globalizadora, en cambio, consiste a *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa.

En la práctica judicial predomina una técnica denominada del relato, que sólo narra hechos y los considera probados escritos en una jerga jurídica anticuada e impenetrable, y que muchas veces esconde una decisión judicial insuficientemente justificada.

Se propone la sustitución de la técnica del relato por la analítica, consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas.

Más exactamente, la motivación ha de consistir en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. “Este es el único estilo que permitiría: (i) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; y (ii) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación”⁶⁹. Una resolución debe estar racionalmente justificada para hacerla controlable posteriormente.

Seguendo a GASCÓN AVELLÁN son reglas de la motivación:

- Motivar es justificar con razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica.
- Motivar exige explicitar (y justificar) las pruebas usadas y explicitar el razonamiento.
- Todas las pruebas requieren justificación.
- La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas, la valoración conjunta es posterior.
- Han de considerarse todas las pruebas practicadas, sean favorables o no.

IV. JUSTIFICACION DEL FALLO.

⁶⁹ GASCÓN AVELLÁN, Marina. ...*Ob. Cit.*...Pág. 46.

1.- El principio de legalidad y justificación racional en una decisión judicial.

Habiendo visto ya la necesidad de **justificar** las razones de derecho y de hecho en toda decisión judicial, podemos observar como ellas se encuentran inmersas - junto con otros criterios - en una decisión judicial.

El interés por el razonamiento judicial parte del rechazo tanto de una concepción mecanicista de la aplicación del derecho, como de posturas irracionalistas.

La aplicación del derecho no puede reducirse a la remisión a ciertos enunciados jurídicos y a unos hechos "brutos" (premisas mayor y menor del tradicional silogismo judicial), es por ello que, a la hora de analizar la aplicación del derecho, las nociones de **razonamiento o justificación** deben ocupar un lugar tan central como el principio de legalidad.

Puede decirse que no hay aplicación del derecho sin justificación: sólo puede mostrarse que una decisión judicial está justificada si se ofrecen razones en apoyo de la misma.

De aquí que la obligación de motivar las sentencias no sea únicamente una exigencia de orden legal (en la medida en que dicha obligación suele venir impuesta por los ordenamientos jurídicos), sino que deriva de la idea misma de la jurisdicción y de su ejercicio en los Estados Democráticos, donde no pueden desligarse las ideas de jurisdicción y motivación: esta es constitutiva de aquella, de tal forma que la motivación no es algo obligatorio pero "externo" (un aditamento) a las sentencias, sino que es inherente a la aplicación del derecho.

El razonamiento judicial tiene frente al razonamiento práctico general una particularidad: que en el derecho si existen *limitaciones legales* respecto del tipo de razones que pueden darse en favor de una decisión. Ahora bien, a su vez las razones en apoyo de una determinada decisión judicial no pueden reducirse a razones institucionales (legales), y es necesario dar razones adicionales.

Así, se puede decir que la decisión judicial debe ser una decisión doblemente limitada:

a).- Por el principio de legalidad: que implica que el juez tiene que tomar la decisión aplicando el ordenamiento jurídico; la decisión judicial tiene que ser una decisión *legal*. Ello conlleva que la decisión judicial, así como los enunciados en que está basada puede ser una decisión “injusta”, “no razonable” pero aún legal.

b).- Por la racionalidad o correcta justificación de la misma, y que está en función de las razones dadas en favor de las diferentes opciones que se le plantean al Juez a lo largo del proceso de aplicación.

2.- Racionalidad judicial.

Hoy en día términos como racional, racionalidad, razonabilidad,...se han convertido en un lugar común en los análisis de las decisiones judiciales, aunque su significado sea aún muy discutido. Se habla de racionalidad en distintos campos.

Si bien el razonamiento judicial es un razonamiento práctico en la medida en que la finalidad es tomar una decisión, la racionalidad de las decisiones judiciales, implica la idea de **ofrecer las mejores razones** en apoyo de la decisión respecto de cada una de las alternativas posibles en las diferentes decisiones parciales que la aplicación del derecho plantea⁷⁰.

La racionalidad no tiene que ver tanto con el resultado (la decisión puede parecerle irracional a un sujeto), sino con las razones aducidas para justificar la misma, con el establecimiento de las condiciones que deben cumplir las decisiones judiciales para que merezcan la consideración de racionales; y ello debe hacerse en términos no ideales o impracticables.

Por ello creo que un correcto punto de partida es dejar claro que, en este contexto, racionalidad no equivale a absoluta certeza, sino que en muchos casos (no en todos) es preferible poner de relieve que existen diversas soluciones racionales, más que ir en la búsqueda de una única solución.

⁷⁰ Al margen de la racionalidad del método jurídico.

3.- Justificación externa de la decisión judicial⁷¹

Diferentes estudios han dado cuenta de los argumentos (razones) puestos en práctica por los operadores jurídicos para justificar sus decisiones. Sin embargo, el propio carácter empírico de estos análisis impide alcanzar cualquier conclusión acerca de qué argumentos son válidos con carácter general o en un ámbito o rama del derecho en particular. Menos aún pueden determinar cuáles son las razones válidas en un caso individual. No obstante, el mero hecho de que una decisión judicial ofrezca algún argumento en su apoyo parece presentarla como correcta, sin necesidad de someterla a crítica.

El hecho de que en ocasiones pueda haber más de una solución (racional) a un caso individual no significa que cualquier solución lo sea.

Para ello es necesario tomar como referencia un modelo teórico de aplicación del derecho. Partiré del modelo diseñado por WRÓBLEWSKI⁷² que, además de considerarlo válido (si bien con matizaciones), está ampliamente arraigado en el ámbito iusfilosófico. A tenor de este modelo puede decirse que la aplicación del derecho conlleva las siguientes decisiones parciales:

- a).- decisión de validez y aplicabilidad,
- b).- decisión de interpretación,
- c).- decisión sobre la prueba,
- d).- decisión de subsunción,
- e).- decisión de consecuencias,
- f).- decisión final.

⁷¹ La decisión judicial puede ser analizada desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de su *estructura*, examinando los elementos de que está compuesta y la relación entre los mismos, y desde el punto de vista de su *fuerza*, esto es en qué medida las premisas del razonamiento son “buenas razones” para apoyar la conclusión, puesto que no todas las razones son buenas razones. Estos aspectos, diferentes pero complementarios del razonamiento, son denominados en la literatura jurídica justificación interna y externa y ambos son relevantes de cara al análisis del razonamiento judicial. La distinción entre ambos aspectos de la justificación es clara. A la justificación externa le compete el análisis de las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial. El problema que la justificación externa plantea es que no puede establecerse *a priori* cuáles son las “buenas razones”. La justificación interna, por su parte, tiene por objeto examinar la “coherencia” entre las premisas y la conclusión, esto es, comprobar si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas. En este caso, y a diferencia de lo que sucede con la justificación externa, se considera que sí existen estas reglas: son las reglas de la lógica. En estas páginas se ha limitado a la justificación externa.

⁷² WRÓBLEWSKI citado por ITURRALDE, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Pág. 124.

Por lo que a la validez material de la justificación (justificación externa) se refiere, la decisión judicial debe cumplir las siguientes condiciones:

a).- En la medida en que la justificación es una actividad compleja, se requiere que la misma proporcione un armazón organizativo racional a la resolución judicial.

b).- Que las razones sean explícitas: para que una decisión judicial pueda considerarse justificada, sus premisas, las razones de la decisión, deben ser explícitas. Así, no se descubre nada si se dice que el modo clásico de representar la decisión judicial a través del silogismo o de la regla *modus ponens* (en el que las razones de una decisión judicial parecen poder reducirse a dos tipos: legales en la premisa mayor – o en el antecedente – y fácticas en la menor – o en el consecuente –) resulta inoperante para este fin. Ahora bien, la cuestión es: ¿cuándo debe considerarse que una razón es explícita?.

Resumidamente puede decirse que:

- Cuándo existe la misma (en este sentido hablar de “motivación implícita” resulta una contradicción en sus términos),
- Cuando es suficiente, y
- Cuando es congruente.

c).- Que las razones sean válidas: esta condición incluye fundamentalmente dos:

- Que la justificación sea armoniosa con la naturaleza de las premisas objeto de justificación, pues es privilegiado el tipo de razón relativo al significado de los términos, a la elección entre dos proposiciones jurídicas aplicables, y
- Que las razones sean compatibles.

d).- Que la justificación sea completa (aspecto cuantitativo): en el sentido que justifique todas aquellas opciones que directa o indirectamente, total o parcialmente decidan la cuestión en uno u otro sentido.

e).- Que las razones sean suficientes: cada una de las decisiones parciales debe estar justificada en grado suficiente (aspecto cualitativo), lo que dependerá de la complejidad de las premisas objeto de justificación, siempre con esta pauta “todo tiene un término medio: exíjase, **primero**, que el juez explicita (y no se silencie ni – menos – oculte) la cadena de

opciones que ha realizado antes de llegar a la decisión final; y **segundo**, que las justifique en una medida que la cultura jurídica y social de la época considera bastante⁷³.

f).- Que las razones sean concluyentes: las razones en apoyo de una decisión pueden ser varias y apoyar por tanto soluciones divergentes, por esta razón la justificación deberá poner de relieve la fuerza de cada una de las razones y la relación entre las mismas. En apoyo de una determinada decisión en muchas ocasiones pueden ofrecerse una pluralidad de razones, razones que pueden ser convergentes en apoyo de una única decisión o presentarse como razones en conflicto en favor de decisiones opuestas.

4.- Tipos de razones.

Son diversas las clasificaciones que vienen siendo realizadas por la teoría jurídica en orden a mostrar los tipos de razones que forman parte de una decisión judicial⁷⁴.

Respecto una clasificación válida y al porque de la misma, nos dice ITURRALDE “Creo que uno de los criterios que pueden ser útiles a la hora de dar cuenta de las razones que forman parte de las decisiones judiciales es tomar en consideración la distinta naturaleza de las cuestiones objeto de debate y que (si la sentencia está justificada) figuraran como premisas de la decisión, y poner de relieve el tipo de razón necesaria en cada caso. Para ello propongo distinguir entre: razones institucionales, razones lingüísticas, razones empíricas, y razones valorativas. No se trata una clasificación propiamente dicha puesto que los diferentes tipos de razones no son excluyentes, sino que en muchos casos se superponen⁷⁵”.

a).- Razones institucionales: se ha señalado antes que la justificación judicial debe girar en torno a dos elementos: el principio de legalidad y la justificación de las diversas

⁷³ IGARTÚA, J. citado por ITURRALDE, Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 125.

⁷⁴ Nos relata ITURRALDE que Alexy distingue tres tipos de premisas: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo; Wróblewski habla de normas jurídicas, directivas (reglas que no son normas jurídicas), aserciones de hecho y valoraciones, y Summers distingue entre razones sustantivas (aquellas que derivan su fuerza justificatoria de consideraciones morales, económicas, políticas, etc.), razones de autoridad (fuentes del derecho), razones factuales (relativas a las cuestiones de hecho), razones interpretativas (relativas a las alternativas entre diversas interpretaciones e los enunciados jurídicos) y razones críticas (una razón crítica es aquella que formula una crítica sobre un elemento o aspecto relevante de una razón autónoma) en ITURRALDE, Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 127.

⁷⁵ ITURRALDE, Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 127.

elecciones que se le presentan al juez. La razón primera es que se trate de una decisión legal pero el carácter legal de la decisión no necesita justificación por parte del juez, resultaría cuando menos paradójico que en cada decisión judicial el juez tuviera que dar cuenta de las razones para aplicar el derecho (y no por ejemplo su propio código moral o determinadas normas religiosas). Desde este punto de vista no cabría hablar de razones institucionales en cuanto que sería redundante respecto del ya mencionado principio de legalidad.

Dentro del carácter legal de una decisión judicial, pueden distinguirse los enunciados jurídicos que regulan el aspecto sustantivo de la cuestión, de aquellos otros que se refieren a meta normas acerca de la aplicación del derecho. Pues bien, cuando aludo a razones institucionales me refiero a estas últimas que pueden ser:

- **Razones en apoyo de cuestiones específicamente jurídicas** (por ejemplo: el sistema de fuentes del derecho), o
- Razones en apoyo de cuestiones generales pero que en el ámbito jurídico tienen caracteres singulares que hacen que deba ser planteada en términos institucionales (así por ejemplo. si bien el problema de conflicto de normas se plantea en el terreno moral y jurídico, en este último la cuestión tiene rasgos específicos).

Sin pretensión de exhaustividad, son razones de este tipo las siguientes: los enunciados que establecen definiciones legales; los que, en caso de contradicciones, establecen cual es la norma (o la solución) aplicable. Por lo que a la prueba de los hechos se refiere, hay enunciados jurídicos que dan por probados ciertos hechos sin necesidad de prueba (en el proceso civil, los hechos incontrovertidos, los hechos notorios y los hechos favorecidos por una presunción legal, y en el proceso penal los hechos acerca de los cuales hay conformidad); mientras que otros casos excluyen la procedencia de la prueba. Hay enunciados que consideran inexistentes (no probados) hechos realmente acaecidos y, a través de la prueba tasada, determinados tipos de prueba producen resultados vinculantes independientemente de la convicción del juez. Por último, las presunciones son enunciados jurídicos que establecen que, en presencia de ciertos hechos, hay que considerar otros hechos como verdaderos.

b).- **Razones lingüísticas:** son razones lingüísticas las dadas en apoyo de una cuestión relativa al significado de los enunciados. La importancia de este tipo de razones reside en que este tipo de razones está omnipresente en la aplicación del derecho. Así, las razones lingüísticas tienen que ver con:

- La determinación del significado de los enunciados jurídicos, bien se trate de su intención, bien de su referencia a un caso individual;
- La afirmación (o negación) de la existencia de una contradicción entre proposiciones;
- La afirmación (o negación) de la existencia de una laguna; y
- La afirmación (o negación) de la validez de una proposición jurídica.

Los problemas de interpretación en el derecho son sobre todo problemas de vaguedad y, en menor medida, de ambigüedad (sea semántica o sintáctica). Esto significa que el juez tiene que justificar:

- Por qué considera que un enunciado (o una serie de estos) presenta un problema interpretativo y dentro de qué límites se plantea el mismo;
- Cual es la razón (o razones) por la cual, ante una pluralidad de significados, opta por uno en detrimento del resto.

El principal problema de la interpretación radica en determinar *entre qué límites* se plantea la misma, es decir, cuales son los diversos significados (si hay más de uno) del enunciado jurídico. La interpretación de los enunciados jurídicos, como la de cualquier enunciado está guiada por reglas, criterios, etc, que no son los denominados criterios de interpretación jurídica, sino al hecho de que cualquier significado está guiado por convenciones pues todo lenguaje requiere un uso constante, una regularidad que es constitutiva del mismo y que hace que se pueda hablar de normatividad lingüística.

A este respecto creo que no está de más recordar dos rasgos del lenguaje común (predicables asimismo del lenguaje jurídico) como son la convencionalidad y la autonomía semántica. La convencionalidad del lenguaje significa que las palabras, una vez adoptadas por una comunidad lingüística, tienen un significado en buena medida estable, lo que hace que sea posible la comunicación. Igualmente la autonomía semántica del lenguaje, esto es, con la capacidad del lenguaje de transmitir significados

independientemente de los fines comunicativos en ocasiones particulares, y la posibilidad de que un oyente pueda comprender lo que dice el hablante incluso en circunstancias en que hablante y oyente sólo tengan en común el lenguaje.

Por eso el lenguaje jurídico (como los lenguajes de otras disciplinas y el lenguaje común) tiene un significado de acuerdo con las convenciones y las reglas de uso compartidas por los miembros de la comunidad jurídica.

La cuestión de la interpretación, por tanto, consiste en delimitar cuales son los márgenes dentro de los cuales una atribución de significado puede calificarse como interpretación (que algunos llamarán “interpretación literal”), y que no es una cuestión específica de la filosofía del derecho sino de la semántica y/o de la filosofía del lenguaje (disciplinas en las que no hay acuerdo acerca de qué es el significado literal y donde se pone de manifiesto la discusión sobre los límites entre semántica y pragmática).

Delimitados los márgenes de la interpretación, la elección por una de entre las diversas posibles interpretaciones no es una cuestión lingüística sino valorativa; y es aquí donde tienen lugar consideraciones relativas a los fines de la ley, las consecuencias de otorgar una determinada interpretación, la remisión a los valores de la sociedad, etc.

c).- **Razones empíricas:** son razones empíricas las que tienen que darse en apoyo de cualquier tipo de enunciado empírico. Frecuentemente las razones empíricas se identifican con la denominada “cuestión fáctica” de la decisión.

La “cuestión de hecho” tiene como punto de llegada un enunciado fáctico acerca de la existencia del supuesto de hecho del enunciado aplicable; y ello tiene que justificarse.

La cuestión fáctica puede articularse en las siguientes etapas⁷⁶:

- Análisis y valoración individualizada de las pruebas
- Análisis y valoración conjunta de las pruebas
- Valoración de las diferentes hipótesis probatorias o de la única existente
- Formulación de una única hipótesis o versión sobre los hechos.

⁷⁶ Sigo en este apartado a J. IGARTUA, pp. 149-188.

“El razonamiento probatorio se configura como un proceso de elaboración de un esquema interpretativo. Eso se realiza al menos en tres fases: a) reunión, análisis y clasificación de los elementos informativos relativos a la situación controvertida (dudosa), b) formulación de una hipótesis de enlace, conexión entre estos elementos que reconstruyen de modo satisfactorio una realidad, c) control de la hipótesis a la luz de otros elementos. De ello resulta que la realidad reconstruida judicialmente no es un dato sino que se define a través de la investigación y la actividad interpretativa” en ITURRALDE, Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 132.

Con carácter previo hay que decir que el punto de partida de un proceso es la existencia de diferentes hipótesis probatorias.

Los diferentes enunciados fácticos y medios de prueba no tienen como única finalidad establecer enunciados fácticos singulares, sino principalmente conformar una determinada versión o narración de los hechos.

En un proceso judicial lo normal es que haya al menos dos hipótesis o relatos sobre los hechos aunque puede suceder que nos encontremos frente a una única hipótesis probatoria⁷⁷.

Lo habitual es aquella en la que hay al menos dos hipótesis o relatos sobre los hechos (sostenidas por demandante/demandado, denunciante/imputado...), de manera que una de ellas es contradicha con una hipótesis contraria.

Entonces llegamos a la probática, se pasa por el:

- Análisis y valoración individualizada de las pruebas: por lo que se refiere a los enunciados fácticos singulares que figuran en la sentencia, la justificación de los mismos requiere que el juez explicité:
 - La identificación de las fuentes probatorias (testifical, pericial, etc.) sobre las que sustenta la relación de hechos probados.
 - La descripción del contenido de las mismas (p.ej. que se refleje el contenido de la declaración testifical, de lo hallado en el registro domiciliario, etc.)
 - La valoración individualizada cada una de las ellas en un doble sentido:
 - Valoración de la fiabilidad de cada una de las pruebas, y
 - Catalogación de las pruebas en relación con el apoyo que ofrecen a las diversas hipótesis probatorias (la del actor/acusación o la de la acusación/demandado), y
 - Razonamiento inferencial en virtud del cual de todo esto se considera probado un determinado enunciado fáctico.

⁷⁷ En este caso (y sin necesidad de dar cuenta de los diferentes procesos existentes), con carácter general puede decirse que si se trata de un proceso regido por el principio dispositivo (el ejemplo por excelencia es el proceso civil) o por el acusatorio (p.ej. el proceso penal). En el primero situaciones procesales como la renuncia, el desistimiento, la transacción o el allanamiento determinan el contenido de la sentencia³⁶. No ocurre lo mismo en el proceso penal (dejando de lado la institución de la conformidad) donde el que haya una única versión de los hechos no exime al juez de la justificación de su decisión.

- Análisis y valoración conjunta de las pruebas: en esta etapa no suelen existir criterios legales de valoración, por lo que deben establecerse algunas reglas de racionalidad. Entre estas pueden indicarse las siguientes:
 - Que la hipótesis probatoria reconstruida a partir del material probatorio explique los hechos de la causa y lo haga de manera consistente.
 - Que exista correspondencia de los hechos probados con los hechos objeto del enunciado legal. Se trata de establecer la máxima correspondencia entre una narración de los hechos y un supuesto de hecho legal.
 - Que la hipótesis probatoria resista el embate de las contrapruebas que intentan refutarla.
- Valoración de la única o varias hipótesis probatorias y formulación de una única versión de los hechos: ante la pluralidad de hipótesis probatorias, la hipótesis elegida debe constituir la explicación más probable, probabilidad que va pareja a la coherencia de la hipótesis. Y entre dos “explicaciones” o “hipótesis” será más probable o mas coherente aquella que:
 - Mayor sea el número de circunstancias que intente explicar y
 - Mejor explique la hipótesis.

Llegada la etapa de valoración de la prueba, esta se lleva en base a ciertas reglas que pretenden justificar una valoración.

La justificación y la consideración como probados o no de cada uno de los enunciados fácticos, así como del enunciado fáctico final, difiere en función de la existencia o no en el ordenamiento de meta normas sobre esta cuestión. Así en ocasiones hay enunciados jurídicos que determinan qué enunciados fácticos debe el juez considerarlos verdaderos (caso de la prueba tasada), o en qué sentido debe resolverse la duda sobre los hechos (caso de las presunciones). A falta de estos, habrá que recurrir a criterios no legales, como son las nociones de sentido común y los conocimientos científicos.

- **Prueba tasada.** Se denomina prueba legal o tasada a aquellos casos en los que el derecho establece que el juez debe considerar determinados enunciados fácticos como probados independientemente de su propio convencimiento. La prueba tasada consiste en que un determinado tipo de prueba produce resultados vinculantes e incontestables; no se presenta como una racionalización del sistema

de las pruebas, sino como una formalización vinculante de la eficacia de pruebas singulares.

- **Presunciones legales.** Las presunciones son enunciados jurídicos que establecen que, en presencia de ciertos hechos, hay que considerar otros hechos verdaderos. Hay que tener en cuenta que las presunciones no dispensan de prueba; lo que cambia es el enunciado fáctico objeto de prueba.
- **La libre valoración de la prueba:** significa que dicha valoración no viene determinada por enunciados jurídicos. En este sentido este principio no representa un criterio positivo de decisión alternativo al de las pruebas legales, sino que equivale al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar los hechos. En palabras de Taruffo, libertad de convencimiento significa “ausencia de estos vínculos [normas sobre la prueba] en orden a la valoración de la prueba, y por tanto, sea discrecionalidad del juez en la apreciación de la credibilidad y eficacia cognoscitiva de la singular prueba en torno al hecho que constituye el objeto, sea falta de una jerarquía apriorista entre las pruebas, y por tanto necesidad de una valoración en conjunto y comparativa a fin de la determinación de los hechos de la causa”⁷⁸. Por tanto, la cuestión que plantea la libre valoración de la prueba es cómo debe colmarse el ámbito del razonamiento fáctico que la ley no disciplina. La libre valoración en ningún caso puede entenderse como una convicción íntima, libre, incommunicable, intransferible y por ello irracional, incontrolable y arbitraria, convirtiéndose así en un principio idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces, es cierto que tiene discrecionalidad sobre la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos porque debe siempre convencerse según el proceso y según razón.

Por ello la libre valoración conlleva la exigencia de suministrar reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos de la causa, entre ellas pueden destacarse dos: las nociones de sentido común y los conocimientos científicos.

⁷⁸ M. TARUFFO dice “En el orden penal significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa de refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional del juez y, conforme a ello, permite la absolución. “ en ITURRALDE, Victoria...*Ob. Cit.*...Pág. 138.

- **Nociones del sentido común:** “El sentido común – dice Taruffo – es un conjunto heterogéneo de elementos entre los que hay datos científicos y leyes naturales, generalizaciones justificadas e ilaciones sin fundamento, valoraciones morales y prejuicios, proverbios obtenidos de la sabiduría popular, ideas obtenidas de los medios de comunicación, y vulgarizaciones pseudos científicas de todo género”⁷⁹. La credibilidad de las pruebas, la confirmación de un determinado supuesto de hecho, la verosimilitud de un relato de los hechos, etc. Vienen determinadas por una serie de presupuestos e inferencias realizadas por el juez en base a nociones, reglas, máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de cultura media que normalmente se designa como “sentido común” y que equivalen a lo que en el terreno jurídico se denominan máximas de experiencia. El empleo racional de las nociones de sentido común requiere:
 - Que sean máximas comúnmente aceptadas en el ambiente sociocultural en que se desenvuelve el juez, de manera que se pueda decir que constituyen el patrimonio de la cultura media en ese tiempo y lugar;
 - Que dichas máximas no hayan sido falseadas por conocimientos científicos, y
 - Que no entren en contradicción con otras máximas igualmente aceptadas.
- **Conocimientos científicos:** estos conocimientos constituyen en muchos casos los elementos decisivos de la decisión en materia de hechos. Frente a un dato científico el juez no debe acudir a la “libre valoración de la prueba” puesto que la misma no será otra cosa que una convicción arbitraria e infundada. Ahora bien, en muchos casos los conocimientos científicos son incapaces para resolver cuestiones de índole científica, y en otros los criterios científicos son contrapuestos. Es por ello, que el juez debe llevar a cabo un doble control sobre aquellos:
 - En primer lugar, sobre el grado de aceptabilidad que la metodología científica empleada tiene en la comunidad científica especializada y,

⁷⁹ ITURRALDE, María Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 138-139.

- En segundo término, sobre la posibilidad de existencia de otras hipótesis científicas con posibilidad de refutar la tesis científicamente mayoritaria.

d).- Razones valorativas.

Se habla de los enunciados valorativos. “Estos pueden definirse como aquellos que tienen la función de hacer una apreciación positiva o negativa de un determinado objeto (puede ser un objeto natural o cultural; puede referirse a cosas, personas, entidades lingüísticas, etc); apreciaciones que son expresadas a través de predicados del tipo “bueno”, “correcto” “justo”, etc.”⁸⁰

La existencia (hecha explícita o no por el juez) de razones valorativas viene dada por los márgenes que, tanto las razones empíricas y lingüísticas, como las institucionales ofrecen, lo que conlleva la elección de una alternativa como “la mejor”, la “más justa”, etc.

Desde la teoría del derecho las respuestas a la cuestión del contenido que debe darse a los juicios de valor son varias pero dichos criterios plantean más cuestiones que las que resuelven, y se presentan en definitiva más como argumentos que como verdaderos métodos interpretativos.

- Una primera alternativa consiste en sostener que los enunciados valorativos deben interpretarse en función de “los valores propios del ordenamiento jurídico”, estos están conformados por un gran número de leyes aprobadas a lo largo de un amplio periodo de tiempo, lo que posibilita que hayan sido fruto de mayorías parlamentarias de diferente signo político. De otro lado, e independientemente de lo anterior, una única ley puede ser el resultado de compromisos políticos, lo que hace difícil que dicha ley sea expresión de un único valor.
- Una segunda alternativa consiste en indicar que los enunciados valorativos deben estar en consonancia con las valoraciones de la sociedad o de grupos determinados de la misma (juristas, médicos,...). Los problemas que esta solución plantea son los siguientes. En primer lugar, para aplicar este criterio sería preciso contar con datos objetivos que permitieran constatar dichos valores. De otro lado, el criterio de los “valores de la sociedad” resulta sumamente vago puesto que en la

⁸⁰ ITURRALDE, Victoria....*Ob. Cit.*...Pág. 140.

resolución de un caso individual no se trata de determinar cuales son los valores de la sociedad, sino cuál es la incidencia de los mismos en el caso individual. En tercer lugar, lo normal será que no haya un total acuerdo en la sociedad en relación a dichos valores, por lo que la cuestión es qué parte de la misma debe considerarse suficiente para tener en cuenta este criterio. Por último ¿qué sucede si los valores de la sociedad están en contra de lo dispuesto por el ordenamiento para el caso?, ¿también este criterio tiene aquí cabida?

- La tercera alternativa consiste en decir que el Juez ha de emplear los valores utilizados por la jurisprudencia en casos semejantes. Este criterio parte de una premisa discutible: que la jurisprudencia (toda o parte) no es nunca *de iure* fuente del derecho (puesto que en caso contrario este criterio sería redundante pues supondría tanto como que el juez debe aplicar las fuentes del derecho). Si la jurisprudencia no es fuente de derecho ¿por qué está un Juez obligado a seguir las decisiones pronunciadas por otros tribunales?

La insuficiencia de los criterios anteriores pone de relieve que la cuestión de la justificación de los enunciados valorativos en la aplicación del derecho remite instancia al problema general de la justificación de este tipo de enunciados. Esta cuestión se ha abordado no tanto respecto de los enunciados valorativos sino de un tipo de estos: los enunciados éticos.

Se comete un error al pensar que el único ejercicio posible de la razón es determinar hechos o descubrir verdades, y también se dijo luego que no puedan justificarse racionalmente los juicios morales, empero se busca la posibilidad y forma de justificación de los enunciados de la ética normativa. Se trata de plantear requisitos del razonamiento moral como condiciones de racionalidad de los mismos.

Brandt realiza un planteamiento de este tipo a través de lo que denomina “método de la actitud cualificada”. Para Brandt los requisitos de los juicios éticos que constituyen indicadores de un método racional en ética son los siguientes: consistencia, generalidad, imparcialidad, suficiente información y suficiente libertad:

- **Consistencia:** Los juicios éticos de una persona deben ser consistentes, tanto auto consistentes, como consistentes en relación a los restantes juicios aceptados por la persona.

La razón de ello es clara: en la medida en que los principios de una persona sean inconsistentes esta no cuenta con ningún principio válido. Sin embargo el requisito

de la consistencia no nos lleva muy lejos, quizá un asesino actúe en base principios consistentes y sus principios éticos sean incorrectos. El requisito de la consistencia afirma únicamente que las convicciones éticas inconsistentes no pueden ser aceptadas (al menos no todas ellas), lo que no significa que todo conjunto consistente de principios sea necesariamente válido.

- **Generalidad:** Consiste en que un juicio ético particular es válido sólo si puede ser apoyado por un principio general, principio que debe ser válido. Esto significa que el principio general, combinado con enunciados fácticos verdaderos, implica lógicamente el enunciado ético particular. Por enunciado ético general entiende Brandt que es universal, en el sentido de que es un enunciado acerca de todos los casos de un cierto tipo, o acerca de todo el mundo, y que no hace referencia a individuos, sino que se ocupa solamente de propiedades.
- **Imparcialidad:** El tercer requisito es que el juicio ético sea imparcial y supone que el que lo realiza adopta una actitud que no variaría si las posiciones de los individuos afectados fueran al revés, o si los individuos fueran distintos de los que son.
- **La suficiente información:** Supone que poseemos unas creencias verdaderas acerca de los criterios morales entre los que hay que elegir. Este requisito comporta, por ejemplo, la necesidad de una adecuada información acerca de cada una de las posibles formas morales de vida entre las que habría que preferir. Tendríamos que conocer qué sistemas de valores o códigos morales las integran, qué juicios de valor o prescripciones podrían derivarse de su interior, y cuales son las posibilidades efectivas de materializar mi preferencia por una determinada forma de vida. Desestimamos una actitud si la consideramos desinformada, esto es, si en el caso de que una persona fuese imparcial, no se hubiera producido como se produjo si hubiera adquirido creencias verdaderas o se le desengañase respecto a creencias falsas, o si estas creencias verdaderas hubiesen sido más vivas, como lo habrían sido si él hubiera observado los hechos.

Sin llegar al extremo de considerar que los requisitos señalados terminan con la discrepancia ética, sí que pueden representar el cauce para una discusión racional acerca de los mismos. Así, el método propuesto por Brandt se presenta como “una base común

sobre la que hacer descansar la solución común de los problemas éticos – aunque no sea una garantía de que todo el mundo tenga respuestas idénticas para tales cuestiones”⁸¹.

CAPITULO III. DOCTRINA SOBRE LA SENTENCIA ARBITRARIA

I. SENTENCIA.

1.- La sentencia en general.

a).- La conclusión del proceso por obra del Juez: En una determinada etapa del procedimiento judicial, llega el momento en que corresponde al órgano jurisdiccional formular su conclusión como producto del ejercicio de la jurisdicción de la que esta investido. En este momento es cuando el proceso alcanza su mayor significación en orden al derecho, como resultado de la colaboración e interacción de los sujetos que en él intervienen. El órgano jurisdiccional brinda así su pronunciamiento que aspira a ser la actuación del derecho objetivo al caso concreto. La parte debe recibir esta respuesta motivada suficientemente y congruente con su petición.

b).- Definición de sentencia: Para RAMOS MÉNDEZ “La expresión externa de esta actividad de enjuiciamiento es la sentencia. En ella se plasman en apretada síntesis todas las vivencias de las partes a lo largo del juicio y el resultado del ejercicio de la acción. Pero además, se resuelve el dualismo juez/norma jurídica en un juicio que en definitiva crea el derecho para el caso concreto”⁸². Para PRIETO-CASTRO “Las resoluciones judiciales por excelencia, de las que son antecedente necesario (en distinta medida) las ordinarias antes aludidas, llevan el nombre de sentencias”⁸³

⁸¹ ITURRALDE, María Victoria.....*Ob. Cit...*Pág. 146.

⁸² RAMOS MÉNDEZ, Francisco.....*Ob. Cit.....* Pág. 461.

⁸³ PRIETO-CASTRO, Leonardo.....*Ob. Cit...*Pág. 195.

c).- Mecanismo de formación de la sentencia: Muy a grandes rasgos, el mecanismo de formación de la sentencia es complejo e incluso misterioso, supone tratar de explicar el complejo proceso interno por el cual el Juez llega al fallo. Conviene aquí precisar:

- **Esquema del silogismo:** Durante mucho tiempo la ciencia procesal ha acudido al esquema del silogismo para explicar el mecanismo del enjuiciamiento, de un silogismo que llaman complejo. Así, la formación de la sentencia respondería a un razonamiento de tipo lógico de corte silogístico: la premisa mayor vendría constituida por la norma jurídica; la premisa fáctica o menor⁸⁴ serían los hechos probados en el juicio, estamos en el ámbito de la probática, se realiza aquí un método inductivo⁸⁵; mediante una operación de subsunción, el Juez indagaría si los hechos se pueden encuadrar en el supuesto de la norma y a partir del resultado de esta operación llegaría el fallo. Donde la existencia de la norma jurídica le viene dada al Juez por el propio ordenamiento jurídico y la verdad de los hechos controvertidos resulta de las operaciones de valoración de la prueba. Al Juez sólo le queda aplicar la calificación jurídica de la norma a los hechos que se encuadren en el supuesto en ella previstos y para esta fácil tarea sería suficiente un razonamiento lógico de tipo deductivo fundamentalmente.

El juez determinará la norma aplicable y los hechos probados, se limitará a subsumir éstos en aquélla y extraer el fallo. Por ejemplo:

- Toda persona que obre con culpa debe reparar un daño (premisa mayor).
 - Carlos –aquí y ahora- obró culpablemente (premisa menor o fáctica)
 - Carlos debe reparar el daño.
- La moderna ciencia procesal critica este silogismo judicial como una explicación cabal de la formación interna de la sentencia. De estos temas nos hemos ocupado ya ampliamente en la parte concerniente a motivación judicial.

d).- Forma de la sentencia civil: Nuestro Código Procesal Civil no contiene una norma que precise aquella formalidad externa que debe revestir una sentencia, por lo que hay

⁸⁴ “Son los hechos, la palpante vida humana, los que penetran a la realidad del derecho mediante esta premisa”, en GHIRARDI Olsen A. ...*Ob. Cit.*..... Pág. 121

⁸⁵ El proceso lógico es notoriamente inductivo. Se parte de lo individual (de lo particular) de la experiencia histórica del caso, filtrada por el proceso, para concluir en la premisa. Se estudia cada prueba y, como se dijo, se llega a una conclusión –por vía inductiva- que será la premisa fáctica. El juez debe analizar toda la prueba, eso implica comparar, razonar, merituar.

que adecuar a lo que establece el artículo 122^{o86} sobre contenido y suscripción de resoluciones. En ese sentido, una sentencia en el Perú puede contener los siguientes apartados.

- Encabezamiento.
 - La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
 - El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden.
- Antecedentes de hecho.
 - 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.
- Fundamentos de derecho.
 - Los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. Este apartado contiene la motivación de la sentencia.
- Fallo.
 - La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio,

⁸⁶ “Artículo 122.- Contenido y suscripción de las resoluciones.-

Las resoluciones contienen:

1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;
3. 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; (*)
- (*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27524 publicada el 06-10-2001.
4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;
- (*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27524 publicada el 06-10-2001.
5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;
6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y
7. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo.

La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3., 5. y 6., y los autos del expresado en el inciso 6.

La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive.

En primera y segunda instancias así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma y las sentencias firma completa del Juez o Jueces, si es órgano colegiado.

Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, sólo será necesaria la conformidad y firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.

Los decretos son expedidos por los Auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el Juez dentro de las audiencias.”

deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente.

- El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso.
- La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago.

2.- Sobre la sentencia incongruente.

Comúnmente se puede confundir sentencia incongruente con sentencia arbitraria, consideramos que son tipos diferentes, de ahí la importancia de su breve tratamiento. **La primera** ataca el requisito de congruencia procesal, **la segunda la motivación.**

a).- Definición de congruencia: En palabras de RAMOS MÉNDEZ “Congruencia es la adecuación entre las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial”⁸⁷.

La jurisprudencia argentina lo define de la siguiente manera: *“La ley exige una estricta correspondencia entre el contenido de la sentencia y las cuestiones oportunamente planteadas por las partes, lo que supone la adecuación del pronunciamiento a los elementos de la pretensión deducida en el juicio. Se trata de una aplicación del denominado principio de congruencia, que constituye una de las manifestaciones del principio dispositivo y que reconoce fundamento constitucional.*

De lo expuesto por la jurisprudencia argentina, ellos entienden que el principio de congruencia esta dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo peticionado y controvertido oportunamente por los litigantes, importa una limitación a las facultades del Juez; este no debe sentenciar en mas de lo debatido, o dejar de fallar en la materia litigiosa del caso.

⁸⁷ RAMOS MÉNDEZ, Francisco....*Ob. Cit...*Pág. 467.

b).- Elementos para determinar la congruencia: Es necesario realizar una comparación entre dos elementos.

- El primer elemento que se toma en cuenta para determinar la congruencia son las pretensiones de las partes. Sobre las mismas debe tenerse en cuenta:
 - Una pretensión o todas cuando se ha producido acumulación.
 - Pretensiones introducidas oportunamente.
 - No debe tenerse en cuenta pretensiones introducidas extemporáneamente o que no hayan sido objeto de discusión en el proceso.
 - Debe tenerse en cuenta el *petitum* de la pretensión, es decir qué es lo que se pide.
- El segundo elemento de referencia para determinar la congruencia de la sentencia es la parte dispositiva o fallo y no los fundamentos del mismo. Por eso nos ilustra COLOMER HERNÁNDEZ “De ahí que resulte preciso distinguir dos planos muy diferenciados a la hora de delimitar los efectos del principio de congruencia: de un lado, el campo de la decisión judicial, que encuentra su máxima expresión en el fallo de la sentencia, y de otro lado, la dimensión de justificación de dicha decisión, que se expresa en la motivación. Puesto que si el Juez de la decisión se aparta del *thema decidendi* fijado por las partes, la sentencia incurrirá en un vicio de incongruencia, mientras que si, por el contrario, simplemente se aparta de las exigencias derivadas de las pretensiones formuladas a la hora de buscar la norma de apoyo a su decisión incurrirá sólo en un vicio o defecto de motivación”⁸⁸

c).- Incongruencia: Cuando existe discordancia entre el fallo y las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el proceso se produce incongruencia. En virtud de lo visto hasta ahora, cabe determinar que hay tres tipos de sentencia incongruente:

- Aquella sentencia que omita el examen de cuestiones oportunamente propuestas por las partes, que sean conducentes para la decisión del pleito (*citra petita*).
- Sentencias que se pronuncian sobre pretensiones o defensas no articuladas en el proceso (*extra petita*).

⁸⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.....*Ob. Cit.*...Pág. 252.

- Aquella que excede el limite cuantitativo o cualitativo de las peticiones contenidas en la pretensión o la oposición, concediendo o negando mas de lo reclamado por las partes (*ultra petita*)

d).- En la Doctrina Argentina se asimila la sentencia incongruente como sentencia arbitraria: Pese a que son dos instituciones claramente diferenciadas, la Jurisprudencia Argentina asimila el caso de una sentencia incongruente a la de una sentencia arbitraria.

La sentencia incongruente es normativamente arbitraria, por negarse el juez –en oposición a las reglas procesales pertinentes- a decidir lo debatido, o porque decide fuera de lo debatido.

El vicio específico a considerar es el defecto en la consideración de extremos conducentes, es decir cuando los Jueces al juzgar no tienen en consideración hechos alegados oportunamente por las partes y que hacen a la resolución de la cuestión sometida a su juzgamiento.

CARRIÓ se refiere a la primera causa y dice que "un pronunciamiento es arbitrario si, al dictarlo, los Jueces han omitido decidir una cuestión oportunamente propuesta y conducente a la solución del pleito."

Es necesario que concurren los dos requisitos: que la cuestión no tratada haya sido oportunamente introducida por el litigante y que ella sea decisiva para la solución del litigio.

Pero no siempre La Corte dio lugar a la procedencia del recurso extraordinario fundándose en la doctrina de las sentencias arbitrarias, sino que apeló al argumento de la "denegación de Justicia". Esto es notorio en casos anteriores a 1954, en inclusive en algunos de los fallos de ese año, el Alto Tribunal había declarado que la omisión de las cuestiones, expresa y oportunamente planteadas afecta la garantía de la defensa en juicio. Por ejemplo, dice textualmente La Corte: "Es obligación de los Jueces en razón de su carácter de tales y con fundamento en la garantía de la defensa en juicio, el pronunciarse sobre puntos propuestos por las partes, en cuanto su solución sea

conducente a la decisión del pleito".(Fallos 228:279 Aissor Mattar v. Provincia de Santiago del Estero, 29/03/1954. Fallos 221:237 del 19/11/1951.)

Otro caso donde los recurrentes se fundaban en la arbitrariedad es "Vinelli c/ Lilledal de Castillo, la Corte destacó la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, amparada por la jurisprudencia del Tribunal en la garantía de la defensa en juicio y porque la exclusión de una cuestión importa *denegación de justicia*.(Fallos 221:237 del 19/11/1951.)

La Corte no considero necesario o adecuado, al decir de CARRIO, apelar a la doctrina de las sentencias arbitrarias para resolver un caso de omisión de pronunciamiento. Esto se debía a que la doctrina no estaba muy desarrollada.

Aunque hacia 1950, en el caso "Argerich", la Corte intento caracterizar que ha de entenderse por "arbitrariedad". Sostuvo que la **arbitrariedad** que puede sustentar el recurso extraordinario requiere necesariamente la demostración de un desacierto total de la sentencia en recurso, ya sea por la *prescindencia* en ella de la ley aplicable, o *de los hechos probados* o por la invocacion de prueba inexistente en la causa.

Viene luego, el primer caso de sentencia arbitraria por defecto en la consideración de extremos conducentes. El primer caso, donde la Corte expresamente se refiere a la sentencia arbitraria por incongruencia (defecto en la consideración de extremos conducentes) lo encontramos en Fallos 228: 161. Los miembros del Alto Tribunal de aquel momento, Dres. Rodolfo G.Valenzuela, Tomás D. Casares, Felipe Santiago Perez, Atilio Pessagno y Luís R. Longhi, consideraron en autos: "Francisco González Rodríguez v. Oscar González Figueira y otros" que "procede el recurso extraordinario y la anulación por arbitrariedad de la sentencia que regula los honorarios del administrador judicial sin resolver las cuestiones planteadas con respecto a los ingresos reales de la empresa, a si corresponde tomar a las utilidades netas o a los ingresos globales como base para dicha regulación, y a la confiscatoriedad de los honorarios así regulados".

Luego tenemos, el fallo anteriormente citado (ver IV), donde además de considerar la garantía de la defensa en juicio, la Corte también reconoció que "La omisión de una cuestión condicionante del resultado del litigio, priva de fundamento a la sentencia, que se hace pasible por tanto de recurso extraordinario".

La aplicación de la doctrina de las sentencias arbitrarias fundada en el defecto en la consideración de extremos conducentes, tiene un desarrollo progresivo. Los años posteriores a 1955 muestran como la Corte utiliza esta doctrina con mayor frecuencia, provocando un crecimiento de las causas sometidas a consideración del Alto Tribunal.

II.- SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Definición.

Para entender que es una sentencia arbitraria es necesario saber que es la "arbitrariedad". El Diccionario de la Real Academia Española define la arbitrariedad como "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho".

Dice CHAMORRO BERNAL "La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada sólo con base en la voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo"⁸⁹.

Según LEGAZ Y LACAMBRA: "La arbitrariedad es la negación del derecho como legalidad, en tanto que legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir por el propio poder público"⁹⁰. No es más que una conducta ilegal de los órganos del Estado.

El concepto de sentencia arbitraria posee en el derecho comparado varias definiciones, pero es en el Derecho Argentino donde más desarrollo ha alcanzado.

Así, en el Derecho Argentino tenemos a: Juan Francisco LINARES quien manifiesta que la sentencia arbitraria es aquella que excede del límite de posibilidad interpretativa que el ordenamiento deja al arbitrio del Juez.

⁸⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco....*Ob. Cit.*...Pág. 207.

⁹⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*, 5ª. Edición. Barcelona: Editorial Bosch, 1979. Pág. 630.

Esteban IMAZ la define como aquella que adolece de un error inexcusable. Bartolomé FIORINI expresa que el magistrado que dicta una sentencia arbitraria, se ha puesto al margen de su constitucional forma de actuar.

Luís M. BOFFI BOGGERO entiende que la arbitrariedad nace del incumplimiento de un mínimo de requisitos jurídicos.

De lo reseñado, parece que al hablar de la doctrina de la sentencia arbitraria existe una confluencia de reglas constitucionales de derecho positivo y pautas axiológicas de justicia y equidad. En todos los casos las definiciones refieren vagamente a legalidad constitucional, a errores, a requisitos jurídicos, es decir parece ser que el contenido de una sentencia arbitraria es muy impreciso y también amplio.

En lo que sigue se hará una delimitación mejor.

Una resolución puede ser arbitraria no sólo porque no sea motivada y por tanto no ponga de manifiesto la razón de la misma, sino también porque, aun siendo aparentemente motivada, tal motivación, sea claramente impertinente, no tenga nada que ver con lo que se viene cuestionando, no sea jurídicamente atendible o no merezca el nombre de tal.

2.- Origen Argentino.

De acuerdo a los más altos exponentes del Derecho Constitucional Argentino, el ámbito normal de actuación del recurso extraordinario es el artículo 14 de la ley 48, en sus tres incisos. En virtud de este artículo, el recurso solo opera ante la presencia de una cuestión federal.

Pero además de aquel ámbito normal, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado un ámbito excepcional que es el de las sentencias arbitrarias.

"La sentencia arbitraria origina cuestión federal que habilita la intervención del Alto Tribunal." La cuestión federal, en su consecuencia, surge de la sentencia arbitraria, aunque lo decidido en esa sentencia trate de temas de derecho, "no federal". Las normas

de derecho común son irrevisables por la vía del recurso extraordinario, salvo los supuestos de arbitrariedad.

En cuanto al origen de la doctrina de la sentencia arbitraria es con el caso Rey c/ Rocha del año 1909. Este caso es una sentencia arbitraria de construcción evasiva es decir la que interpreta arbitrariamente el derecho común nacional para adaptarlo a normas locales. Aquí, la Corte no revoco el fallo, por estimar improcedente el recurso extraordinario, dijo de todos modos que "el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces".

Conforme con el caso, la sentencia arbitraria era la que no contaba con sustento normativo alguno, estando basada en la mera voluntad del juzgador; pero los supuestos de simple interpretación defectuosa de las leyes, no constituían casos de arbitrariedad.

A partir de 1955, el nuevo Tribunal adoptó una actitud más abierta hacia la procedencia del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, que no disminuyo con los cambios que se produjeron en 1958, 1966, 1976 o 1983.

Es llamativo el hecho de que con tantos cambios dentro de la Corte, en virtud de los cambios de gobierno, esta doctrina se haya desarrollado coherentemente.

3.- Pautas señaladas por el Tribunal Supremo Argentino como causales de procedencia de recurso contra una sentencia arbitraria.

La Corte Suprema de la República Argentina ha determinado pautas generales que deben ser empleadas para la procedencia del recurso extraordinario por sentencias arbitrarias, los cuales suponen considerar algunos de los siguientes supuestos, los cuales implican muchas cuestiones:

a).-El apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso.

b).- La decisiva carencia de fundamentación.

c).- Fallos que menoscaban la garantía de defensa en juicio o la regla del debido proceso o frustran el derecho federal.

d).- Fallos que se dictan sobre la base de la mera voluntad de los jueces.

e).-Fallos que importan violación de la esencia del orden constitucional, cuyo primer enunciado es afianzar la justicia.

f).- Fallos que no significan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

g).- Sentencias que exceden los límites propios de la razonabilidad.

h).-Fallos que padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que los invalida como actos jurídicos o de groseros errores jurídicos.

i).-Sentencias que contravienen un adecuado servicio de justicia.

En los supuestos indicados, el vicio de arbitrariedad debe ser grave y tiene que probarse. Reviste carácter excepcional y no tiene por objeto abrir una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas. No cubre meras discrepancias entre lo decidido por el juzgador y lo sostenido por las partes. La arbitrariedad debe invocarse y probarse fehacientemente por el interesado.

4.- Causales de arbitrariedad según Genaro CARRIÓ⁹¹: Estas causales son las adoptadas por la mayoría de los autores nacionales argentinos por ser la más clara y completa.

a).- Al objeto o tema de la decisión: Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrariedad en razón de que:

- Omite considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas; o
- Resuelve cuestiones no planteadas.

⁹¹ CARRIO, Genaro R, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2da. edición actualizada por el autor con la colaboración de Alejandro Carrió. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, Tomo II. Págs. 57-59, 65-141.

b).- A los fundamentos de la decisión, y dentro de ellos:

- Al establecimiento del fundamento normativo. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:
 - Fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico;
 - Prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o
 - Aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o
 - Dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables.
- Al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho): así, hay sentencias que han sido calificadas por arbitrarias en razón de que:
 - Prescinden de prueba decisiva; o
 - Invocan prueba inexistente; o
 - Contradican abiertamente otras constancias de los autos.
- Al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión: así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:
 - Hacen afirmaciones dogmáticas que solo constituyen un fundamento aparente; o
 - Incurren en excesos formalistas o rituales; o
 - Son auto contradictorias.

c).- A los efectos de la decisión.

Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:

- Pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

5.- La arbitrariedad en las sentencias.

a).-La arbitrariedad según la concepción que se tenga de argumentación. Hemos advertido que cada ordenamiento en particular –argentino como español- tiene su propio concepto de lo que es arbitrariedad y las causales que lo fundamentan. Ello se debe, a que la calificación de la arbitrariedad de una sentencia depende de la concepción que se adopte de argumentación⁹². Así será una resolución arbitraria cuando:

- **Exista un defecto en el juicio lógico:** tiene que ver con la teoría del silogismo jurídico. Teoría según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de uno de los hechos bajo una norma jurídica. Así, la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) con consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en la realidad y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. Se busca una correcta inferencia según las leyes del pensamiento, ir contra esta inferencia de tipo lógico simplemente implicaría una arbitrariedad.
- **Motivación irracional del derecho:** Exista una deficiencia o vacío en el un conjunto de razones o motivos o fundamentos que apoyan una premisa normativa y que convierten ésta en irracional. A lo largo de todo este trabajo hemos hecho alusión a los supuestos en que un fallo jurisdiccional incurre en arbitrariedad.
- **Motivación irracional de los hechos:** Existencia de una deficiencia o vacío en el un conjunto de razones o motivos o fundamentos que apoyan una premisa fáctica y que convierten ésta en irracional, como por ejemplo al calificar, admitir o valorar

⁹² Siguiendo a ATIENZA son concepciones de la argumentación:

a).- Formal o lógica: a grandes rasgos, implica:

- Se satisface al señalar la premisa normativa (artículo legislativo) y la premisa fáctica (folios que contienen pruebas del hecho).
- De ambas premisas se deduce una conclusión.
- Dicha conclusión está contenida en la parte resolutive de la decisión.

b).- Material o sustantiva: en este trabajo adoptaremos esta concepción. Muy someramente implica:

- Se dan un conjunto de razones (motivos, fundamentos) para apoyar la premisa normativa. Se razona con base en principios, derechos, valores.
- Lo propio se hace con la premisa fáctica, desarrollando argumentos con base a reglas de experiencia, conocimientos científicos y reglas probatorias.

c).- Pragmática (dialéctica o retórica): supone:

- La DIALÉCTICA es la que opone argumentos de ambas partes en el procedimiento, y va tomando decisiones parciales sobre cada cuestión. Es bidireccional.
- La RETÓRICA es la que se dirige a un solo auditorio de manera unidireccional, tomando como base de la argumentación los tópicos o argumentos de sentido común entre los juristas.

las pruebas se violen principios lógicos, máximas de experiencia y aquellos principios inherentes al derecho fundamental de la prueba. A lo largo de todo este trabajo hemos hecho alusión a los supuestos en que un fallo jurisdiccional incurre en arbitrariedad. **Aquí radica la importancia de la valoración de la prueba.**

- **Falta de respuesta a las pretensiones de las partes.** Son los supuestos de incongruencia. Como la legislación argentina, incluimos también estos como supuestos de arbitrariedad.

En conclusión, hemos mencionado los fallos que a nuestro entender son arbitrarios: aquellos errados en su juicio lógico, aquellos con motivación irracional del derecho y de los hechos y aquellos incongruentes.

Desde que hemos concebido el derecho como racional, y que la motivación también lo es (racionalidad es opuesto a arbitrariedad), no hemos considerado errores en la retórica como causal de arbitrariedad.

b).- Remedios.

- En la legislación Española: son varios los requisitos que debe reunir una sentencia para ser válida, legal y eficaz, entre ellos la falta de motivación de una sentencia que origina su arbitrariedad cuando ésta sea irracional. La ausencia o defecto de motivación de una sentencia supone una violación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁹³ controlable por el Tribunal Constitucional vía proceso de amparo.
- En la legislación Argentina: que como bien se sabe, es una legislación de Corte Federal, la arbitrariedad de una sentencia se ataca mediante el recurso extraordinario por sentencia arbitraria visto por el Supremo Tribunal.
- En la legislación Peruana: la arbitrariedad de una sentencia por una falta o errada motivación, es controlable, principalmente en dos instancias:

⁹³ La necesidad de motivación de las sentencias viene establecida en el art. 120.3 de la CE que se encuentra excluida del recurso de amparo, pero el Tribunal ha considerado que debe ser incluida interpretativamente en el espíritu del art. 24.1 de la CE.

- Recurso de Casación: puede argumentarse la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, tal como lo establece el artículo 386° numeral 3)⁹⁴ del Código Procesal Civil. La Doctrina nacional⁹⁵ concuerda que dentro del contenido del derecho a un Debido Proceso se encuentra la debida motivación.
- Proceso de Amparo: entre los derechos protegidos mediante el proceso de amparo se encuentra el de la tutela jurisdiccional efectiva e incluso el de debido proceso, pues así lo establecen los numerales 16) y 25) del artículo 37°⁹⁶ del Código Procesal Constitucional. El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra explicado mejor en el artículo 4°⁹⁷ de este mismo cuerpo de leyes, de su texto podemos inferir que la ausencia de motivación se incardina en lo que ahí se denomina “obtención de una resolución

⁹⁴ “Artículo 386.- Causales.-

Son causales para interponer recurso de casación:

(...)

3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

(...)”

⁹⁵ Siguiendo a BUSTAMENTE ALARCON, hacemos una lista, con carácter enunciativo, y por tanto no taxativo, tenemos:

1).-El derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.

2).- El derecho a la publicidad del proceso.

3).- El derecho a que las resoluciones se encuentren debidamente motivadas.

4).- El derecho a ser atendido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.

5).- El derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ellas.

6).- El derecho a impugnar.

7).- El derecho a probar o producir prueba.

8).- El derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan.

9).- El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.

10).- El derecho a que las decisiones que se emitan sean objetiva y materialmente justas.

⁹⁶ “Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

(...)

16) De tutela procesal efectiva;

(...)

25) Los demás que la Constitución reconoce.”

⁹⁷ “Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

fundada en derecho”. Por su parte, el derecho a un debido proceso, y la debida motivación, al ser derechos constitucionales previstos en los numerales 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado⁹⁸ también merecen protección mediante un proceso de amparo en virtud a los dispuesto en el numeral 25 del artículo 37° del Código Procesal Constitucional. En todo caso, la arbitrariedad debido a una irracional motivación, es controlable en el Perú mediante la garantía procesal del amparo, por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, o a un debido proceso o la motivación misma.

6.- Arbitrariedad por omisión de considerar pruebas pertinentes. (Jurisprudencia)

Dentro de los diversos supuestos que pueden considerarse sentencias arbitrarias, se encuentran los supuestos en los cuales el órgano jurisdiccional ha omitido el considerar medios probatorios pertinentes, situaciones que se pueden apreciar en los siguientes extractos de resoluciones extranjeras escogidas.

“La sentencia impugnada que omita el análisis razonado de pruebas conducentes para la correcta solución de la litis con grave lesión del derecho de defensa de los apelantes, debe descalificarse como acto judicial, en la medida en que ello pone de manifiesto que media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas. (CS - 2/7/1991 - "Lanati, Marta N. y otros c/ Dirección Nac. de Vialidad - L.L. 1992-A, 201, con nota de Jorge Bustamante Alsina).”

“La apreciación de la prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, salvo en los casos en los que la sentencia revele arbitrariedad por no estar fundada o no constituye una

⁹⁸ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela 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.

(...)”

derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. (CS - 20/8/1996 - "Baiadera, Víctor F." - L.L. 1996-E, 679 - [39.152-S])."

"Es improcedente el recurso extraordinario si el apelante no puntualizó la influencia que hubiera ejercido la compulsión de un legajo -sucesorio del dueño de la sociedad en cuyo perjuicio se habría cometido la administración fraudulenta denunciada- para alterar lo decidido. (CS - 18/10/1983 - "Uriburu, Julia S." - Fallos 305-1708)."

"La omisión de tratamiento de un elemento probatorio, configura un defecto en el tratamiento de aspectos conducentes para la solución del litigio, toda vez que si bien los jueces no están obligados a ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas, no pueden prescindir de examinar aquellas oportunamente propuestas y conducentes, susceptibles de incidir en una diversa decisión final del pleito. (CS - 27/11/1990 - "Manen de Olmos, Pilar B. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" - L.L. 1992-D, 649, caso nº 8233)."

"Resulta arbitraria la sentencia si omitió considerar la prueba confesional del demandado sin brindar fundamentos que justifiquen su prescindencia y, por ende, ignorando sus efectos, no obstante ser reiteradamente invocada por la recurrente en sus agravios. Existió, pues una arbitraria omisión de analizar prueba decisiva. (CS - 5/11/1991 - "Cher-Hasso, Waldemar Peter y otro c/ The Seven Up Co. y otro - L.L. Rep. 1992, pag. 1554, nº 131)."

"Es arbitraria la sentencia que al evaluar la procedencia de diferencias salariales por incorrecta ubicación de escalafones omitió considerar que las declaraciones testimoniales eran coincidentes en cuanto a que la actividad de cronista volante, desarrollada por los actores todos los días de la semana, en nada difería de la que realizaron posteriormente como redactores, lo que conduciría a que quedaren encuadrados, desde el comienzo de la relación, en el inc. d) del art. 23 del Estatuto del Periodista Profesional. (Disidencia de los Dres. Belluscio, Fayt y Nazareno). (CS - 27/8/1991 - "Rodríguez, Jorge A. c/ La Razón S.A. - L.L. Rep-1992, pag. 1554, nº 135)."

"Si bien es cierto que por regla general las discrepancias que en materia probatoria puedan suscitarse resultan ajenas al recurso extraordinario, tal principio cede cuando para fundar sus conclusiones la sentencia prescinde de la casi totalidad de las declaraciones

de los testigos del hecho y toma, aislada y parcialmente, sin dar razón alguna, los dichos de uno de ellos. (CS - 19/11/1991 - "Rizzo Romano, Alfredo H." - L:L. 1992-C, 589, caso n° 7774)."

"Si bien los jueces no están obligados a pronunciarse acerca de todas las pruebas producidas, si no basta que lo hagan respecto de las que estimen más convenientes para fundar sus conclusiones, el principio, empero, no es aplicable cuando se excluye un elemento de juicio oportunamente introducido en el pleito y que debió ser considerado en la medida en que resulta conducente para modificar la interpretación de la normativa de derecho civil en la que básicamente se apoya el a quo para rechazar la acción. (CS - 21/6/1984 - "Torres, Raúl c/ Sade S.A." - Rep. L.L. 1984, pag. 1872, n° 292)."

"Si el procedimiento seguido condujo a una negativa total de prueba no obviada ante la Cámara, las defensas hechas valer en el escrito de recurso vinculadas a la falta de facultades del Banco Central para actuar como lo hizo (intervención preventiva no contemplada en la ley 21.526, inaplicabilidad en el caso del art. 45, inc. a, de dicha ley, inexistencia del sumario requerido por el art. 41, al que remite el art. 15, requisitos incumplidos del art. 34, etcétera), exigían un análisis que no se podía eludir con el solo fundamento de que no se indicaron las defensas de fondo que se pudieran haber hecho valer en un procedimiento que no dio la menor oportunidad para ello. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte Suprema comparte). (CS - 20/9/1984 - "Oddone, Luís A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina" - L.L. 1984-D, 366)."

"Debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por cumplimiento de contrato, escrituración e indemnización de daños y perjuicios dado que la recurrente aportó documentación probatoria de la cancelación de las cuotas convenidas, la que debió valorarse en debida forma, pues su análisis resultaba conducente para la eficaz solución del caso, por lo que dicha omisión descalifica el fallo recurrido. (CS - 3/10/1983 - "Gielczinsky, Mejer y otra c/ Constructor S.A. - L.L. 1984-D, 696, caso n° 5323)."

"No es pasible de tacha de arbitrariedad la sentencia que se impugna por el actor por no habersele dado traslado de una ampliación de pericia, ya que tal informe no pasa de ser una explicación de aquella. (CS - 10/5/1983 - "Maurizio, Noé c/ Techint S.A." - L.L. 1984-A, 510, caso n° 5099)."

“No configura la tacha de arbitrariedad invocada las meras discrepancias del recurrente con la selección y la valoración realizadas por el tribunal de las pruebas obrantes en la causa, máxime cuando la sentencia que se impugna cuenta con fundamentos suficientes que impiden su descalificación como acto judicial. (CS - 28/2/1984 - "Ibañez César A. c/ Iva S.A." - L.L. 1984-C, 65).”

“Debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de adopción de una menor, dado que el escueto análisis que efectúa el a quo sobre las circunstancias particulares de la causa relativas a la existencia, en el caso, de causales de pérdida de la patria potestad, se muestra unilateral e insuficiente, máxime si se atiende el conjunto de la prueba producida y de los hechos a considerar, deficiencia que torna descalificable la sentencia conforme a la doctrina sobre arbitrariedad, habida cuenta que aquélla importa haber omitido la adecuada valoración de hechos y situaciones, cuyo debido tratamiento resultaba conducente para poder fundar una ajustada solución del caso concreto sometido al conocimiento de los magistrados de la causa. (CS - 5/12/1983 - "S.M., C.R." - E.D. 108-585).”

“Debe dejarse sin efecto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, la sentencia condenatoria penal que ha omitido valorar un peritaje médico sin expresar concretamente las razones que autorizaron esa actitud frente a la seriedad del informe y su incidencia en la solución de la causa. (CS - 2/6/1983 - "Dall'Armelina, Pedro J.A." - L.L. 1981-A, 510, caso nº 5001).”

“La tacha de arbitrariedad que se atribuye por la forma como el a quo apreció la prueba, es de aplicación particularmente restringida en juicios tramitados ante los tribunales castrenses en los que tales cuestiones son resueltas por jurados que fallan con arreglo a su conciencia sin que concurren en la especie circunstancias extremas que autoricen un apartamiento de dicha doctrina. (CS - 16/6/1984 - "De Diego, Héctor J." - L.L. 1984-D, 695, caso nº 5315).”

“Las apreciaciones genéricas efectuadas en el orden a la falta de certeza de la prueba documental, sin analizar previamente las objeciones de la recurrente vinculadas a ese aspecto, como asimismo la descalificación de toda la prueba testimonial en virtud de la contradicción en que incurriera uno de los testigos, omitiendo analizar los dichos de los cuatro restantes que eran coincidentes, evidencia un apartamiento de las reglas de la

sana crítica y hacen procedente el recurso extraordinario. (CS - 5/8/1982 - "Moine, Catalina" - Fallos 304-1097)."

"Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios, toda vez que (si bien los agravios remiten al análisis de temas de hecho, prueba y derecho común procesal, ajenos a la instancia del art. 14 de la ley 48), no se advierte que la conclusión vinculada con la falta de colaboración que se atribuye a la accionante, para hacer efectiva la inscripción, traduzca una apreciación crítica de la prueba atinente a ese punto, ni haga debido mérito de los términos en que se trabó la litis, siendo que ambos elementos cobran particular significado para decidir la cuestión planteada. (CS - 1/9/1981 - "Herrera, Lubardiz del Carmen y otro c/ Automotores Berutti y Cossio S.A., Fallos 303-1258)."

"Atenta contra el derecho de defensa el no haberse ponderado la prueba confesional de los accionantes, que admiten la realidad del precio pagado al momento en que se celebró la operación, extremo que unido al peritaje técnico y a la magnitud del fenómeno inflacionario que es público y notorio, traduce un notable desequilibrio de las prestaciones que debe ser analizado a la luz del art. 1198 del C. Civil. (Cs - 13/5/1982 - "Giménez Blas y otros c/ Sociedad Anónima Financiera Comercial y de Tierras" - Fallos 304-690)."

CONCLUSIONES

- 1) La argumentación jurídica permite obtener decisiones correctas a través de la razón. Todos argumentan. En el proceso lo hacen todos los sujetos involucrados. Nos interesa sólo la argumentación que realiza el órgano jurisdiccional.
- 2) Entre los requisitos que debe reunir una decisión jurisdiccional, encontramos a la motivación, que constituye una exigencia Constitucional en la más importante para

evitar la expedición de sentencias arbitrarias, y por ende consiste en una justificación racional, no arbitraria de la misma.

- 3) La motivación de una decisión jurisdiccional implica tanto una justificación o racionalización del elemento jurídico como del fáctico en la sentencia.
- 4) Mientras el elemento jurídico ha sido ampliamente estudiado por el Derecho, no lo ha sido tanto el elemento fáctico. En la justificación del elemento fáctico se hace referencia a la prueba judicial, a su debida valoración bajo ciertas reglas racionales, principios lógicos, máximas de experiencia, etc. que puedan eventualmente controlarse posteriormente.
- 5) Para justificar una decisión jurisdiccional intervienen muchos factores: valorativos, lingüísticos, éticos, empíricos.
- 6) Los fallos que a nuestro entender son arbitrarios son: aquellos errados en su juicio lógico, aquellos con motivación irracional del derecho, aquellos con motivación irracional de los hechos y aquellos incongruentes. Desde que hemos concebido el derecho como una ciencia racional, y por ende la motivación también lo es; no hemos considerado errores en la retórica como causal de arbitrariedad.
- 7) En la motivación irracional del derecho y de los hechos se ha basado este trabajo, en la adecuada motivación de los hechos se rescata la importancia de la prueba, y de una correcta valoración de la misma.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ASCENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil*. Parte Primera. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- 2) BUSTAMENTE ALARCÓN, Reynaldo y PRIORI POSADA, Giovanni. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA Editores, 1997.
- 3) CARRIO, Genaro R. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 2da. edición actualizada por el autor con la colaboración de Alejandro Carrió, Tomo II. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

- 4) CHAMORORO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1994.
- 5) COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La Motivación de las Sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003
- 6) CORTÉS DOMÍGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor; GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1995.
- 7) GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones Fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003.
- 8) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Seminario Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Escuela Judicial Electoral.
- 9) GHIRARDI Olsen A. *El Razonamiento Judicial*. Lima: Academia de la Magistratura, 1997.
- 10) GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición Corregida, Tomo Primero, Introducción y Parte General. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- 11) HUTCHENSON, Joseph C. *El juicio por intuición: La función de la corazonada en la decisión judicial en Reforma Judicial*, Revista Mexicana de Justicia. Enero-Junio 2004, N° 3, 2004.
- 12) ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- 13) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*, 5ª. Edición. Barcelona: Editorial Bosch, 1979.
- 14) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.
- 15) MORESO, Juan; NAVARRO, Pablo y REDONDO, María. *Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial en Doxa*, N° 11. Alicante: Universidad de Alicante.
- 16) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, Quinta Edición, 1989.
- 17) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

