

Proscripción de la arbitrariedad y motivación

4

Colección: Derecho & Tribunales

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

Proscripción de la arbitrariedad y motivación

4

Colección: Derecho & Tribunales

Directores:

Francisco Javier Ezquiaga Ganizas
José Luis Castillo Alva



CASTILLO ALVA & ABOGADOS
ESTUDIO PENAL



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2013, **Proscripción de la arbitrariedad y motivación**

© 2013, José Luis Castillo Alva

© 2013, Estudio penal Castillo Alva & Abogados

© 2013, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Oficina principal y distribución

Jr. Azángaro 1075 - Of. 207

T: (51-1) 337-5252

info@grijley.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica
Grijley E.I.R.L.

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-14669
ISBN: 978-9972-04-441-0**

Tiraje: 1,000 ejemplares

RED COMERCIAL:

Grijley Import S.A.

Jr. Azángaro 1077 - Lima 01

Ts: (054) 321 0258 • 427 1881

mentejuridica@hotmail.com

grijley_import@yahoo.com

Grijley Arequipa

Calle Santa Marta N° 304 - Of. 103

T: (054) 288379 • C: (054) 959296700

RPM: #959296700

arequipa@grijley.com

Grijley Trujillo

Jr. Pizarro N° 540

T: (044) 243898 • C: (044) 965038145

RPM: #965038145

trujillo@grijley.com

grijleycomercial@hotmail.com

Grijley Huancayo

Calle Nemesio Ráez N° 545 - El Tambo

T: (064) 244523

huancayo@grijley.com

PRESENTACIÓN

1. El libro reúne cuatro trabajos que tienen como denominador común la preocupación por el contenido y los alcances del principio de proscripción de la arbitrariedad y su conexión con el deber de motivar las decisiones estatales, sean estas judiciales, administrativas o fiscales. La idea central que inspira la obra gira alrededor de que los actos estatales deben ajustarse a la Constitución y a la ley y que, por tanto, se debe evitar la comisión de actos arbitrarios y que la mejor manera de racionalizar el poder estatal es exigiendo cuotas rigurosas de justificación y fundamentación de las decisiones de todas las autoridades públicas.

Un Estado no puede recibir el nombre de Estado Constitucional si es que los actos de sus funcionarios son arbitrarios, despóticos, caprichosos, tiránicos y las decisiones de las autoridades responden a su sola voluntad y deseo. La limitación y control del poder tiene como una de sus principales herramientas la exigencia de que los actos de los poderes públicos sean racionales y, además, razonados, en el sentido de que se justifiquen y fundamenten de manera adecuada. La racionalidad que se predica no tanto es una racionalidad de las decisiones, sino la racionalidad de la justificación que no siempre se alcanza. En un Estado y en una democracia constitucional no es posible renunciar a las ideas de racionalidad, justificación y publicidad de las decisiones públicas sin que se abdique a la idea misma de Estado Constitucional.

2. En el primer capítulo de la obra se analiza el principio constitucional (implícito) de la Proscripción de la arbitrariedad que no solo tiene un claro e inequívoco fundamento constitucional, sino que enlaza directamente con la preocupación histórica de la Filosofía del Derecho, la Teoría del Estado e, incluso, la Teoría política de limitar y controlar el poder público. Dicho principio extiende su alcance a todo poder y función pública. El mandato constitucional de interdicción de arbitrariedad rige tanto la actividad del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial. No hay un acto del poder estatal, ni funcionario que pueda eludir el cumplimiento de dicho principio. De ello deriva la necesidad de que todos los actos de los poderes públicos puedan ser objeto de control jurisdiccional, tanto ordinario como constitucional. La discrecionalidad se distingue de la arbitrariedad, siempre que el funcionario público se vincule a la Constitución y al derecho (art. 146 de la Const.).

En el segundo capítulo se analiza la problemática de la motivación suficiente de las resoluciones judiciales, con un especial énfasis en la motivación de las decisiones judiciales en materia penal. Aquí se parte por criticar la tesis repetida hasta la saciedad por el Tribunal Constitucional y los fallos de la justicia ordinaria de que no hay derecho a una determinada extensión de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En su lugar, se destaca que la mayor o menor argumentación debe responder a si el caso que se pretende resolver es un caso fácil, un caso difícil o un caso trágico. Una verdad de perogrullo, que es obviada de manera sorprendente por todos los niveles de nuestro sistema de justicia, recuerda que la fundamentación de un caso fácil posee una distinta exigencia material que la justificación de un caso difícil. Asimismo, se sostiene que una motivación racional, suficiente y compatible con la Constitución debe resolver de manera específica y expresa los problemas fácticos, probatorios o jurídicos que las partes traen al proceso como también deben dar respuesta adecuada a los puntos controvertidos que se plantean en la litis. Constituye una clara falta de motivación el hecho de que se omita dar respuesta a los concretos problemas del proceso como que se dejen sin respuesta la solución de los puntos controvertidos.

En el tercer capítulo se estudia en sus líneas básicas y generales la obligación de motivar los actos administrativos. Pese a que se trata de un deber legal expreso se postula que su exigencia deriva del contenido constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 139.5 de la Const.), las reglas del debido proceso y su regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos. Se critica la tesis que pretende considerar la motivación del acto administrativo como un simple requisito y garantía formal, estimando más bien que se trata de una garantía material inderogable que dota de racionalidad y de posibilidad el control de los actos de la administración.

En el cuarto y último capítulo se analiza el deber de motivación de las decisiones del Ministerio Público que hasta hace poco tiempo estaba (y en muchos casos aún se encuentra) sometido a la más completa y libre discrecionalidad del ente persecutor. En un Estado Constitucional no solo se debe controlar los actos del Poder Judicial, a través de la motivación de cada una de sus decisiones, sino también del organismo constitucional encargado de investigar los delitos. En una democracia endeble como la nuestra debe haber mayor interés en controlar los actos de quien persigue que de quien juzga. Sin embargo, por insólito que parezca la justicia constitucional en el Perú parece otorgar una licencia de arbitrariedad al Ministerio Público, pues hasta ahora, salvo pronunciamientos episódicos y excepcionales, no se controla los actos de investigación del Ministerio Público, las formalizaciones de denuncia ni los requerimientos acusatorios.

3. Los trabajos que integran el libro si bien poseen un claro interés teórico buscan atender un reclamo de la práctica judicial, administrativa y fiscal sobre materias que se han encontrado postergadas y marginadas en su estudio. Para ello se ha utilizado de la manera más seria que nos ha sido posible con diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia; amén de la doctrina que aborda la problemática de la proscripción de arbitrariedad y de la justificación de las decisiones judiciales. Se trata de armonizar en buena cuenta tanto los aspectos teóricos de la materia

como los desarrollos jurisprudenciales a fin de dotar un contenido orgánico y satisfactorio que atienda las exigencias de los operadores del sistema de justicia.

San Isidro, 26 de setiembre del 2013

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

I. LA ARBITRARIEDAD

1. Arbitrariedad, según el Diccionario de la Real Academia, es un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón, a las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. Desde el punto de vista normativo, se trata de un concepto jurídico indeterminado⁽¹⁾ de alcance muy

(1) Cfr. LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad* [Trad. de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso], Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 159 y ss. con indicaciones sobre el adjetivo arbitrario; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, p. 52: “El lado malo de los términos y conceptos indeterminados (p. ej. el de arbitrariedad, sin ir muy lejos) es que admiten varias interpretaciones, pero al menos tienen de bueno que no permiten *cualquier* interpretación”; GRANADO HIJELMO, Ignacio; “La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”, en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 136 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 180. Incluso se llega a sostener lo siguiente: “Mientras no se tenga un concepto medianamente preciso de la arbitrariedad resulta imposible razonar objetivamente un juicio de arbitrariedad respecto a una decisión anterior, porque –a falta de consenso o aceptación general– será siempre rigurosamente subjetivo, llegándose con ello a la paradoja de que los juicios de arbitrariedad han de ser inevitablemente arbitrarios al carecer ellos

amplio que comprende los actos injustos, irrazonables o los actos ilegales que se basan en una pura relación de poder, de autoridad o en la pura voluntad que son cometidos por los funcionarios, sin que medie justificación racional o normativa alguna⁽²⁾. Se sostiene que la arbitrariedad es algo que no solo no constituye derecho, sino que, además, representa su radical negación⁽³⁾.

La noción de arbitrariedad posee varios significados; todos ellos son portadores de una connotación negativa⁽⁴⁾.

De manera general, se ha propuesto que la arbitrariedad es algo que se opone y es contrario a lo justo; de tal manera que la injusticia manifiesta puede entenderse como un caso de arbitrariedad⁽⁵⁾. También

mismos de parámetros objetivos de referencia”; véase: NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Madrid, Ariel, 2000, p. 365. En el derecho peruano: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 36.

- (2) De manera amplia, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 131 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 196; DE LOS RÍOS, Fernando, *Obras completas. Escritos guerra civil y exilio*, Madrid, Anthropos, 1997, T. V, p. 412 señala: “la arbitrariedad es el mandato coactivo, esto es, provisto de imperium, llevado a cabo por órganos de poder, fuera de las leyes”.
- (3) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 5ª ed., 1979, p. 630: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho en tanto que legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir, por el propio poder público y sus distintos órganos”; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 15ª ed., 2001, p. 213; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, p. 182.
- (4) Cfr. LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, p. 160.
- (5) En sentido distinto, RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, p. 214: “arbitrario no significa lo mismo que injusto”; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, p. 632: “La arbitrariedad no ha de confundirse con la injusticia. El Derecho puede ser considerado como injusto, pero no puede ser arbitrario”. Luego señala: “un acto arbitrario no necesita

se entiende que la arbitrariedad es contraria a la razón y a sus manifestaciones más importantes: lo racional y lo razonable. Todo acto de poder que no es compatible con la razón es arbitrario⁽⁶⁾. Se considera que en el derecho la arbitrariedad forma parte de la irracionalidad jurídica, afirmándose que la decisión arbitraria si bien puede llegar a ser justa, no es racional⁽⁷⁾.

Asimismo, se estima que arbitrario es todo lo que carece de fundamentación objetiva o que es incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base para toda decisión⁽⁸⁾.

La arbitrariedad, según se afirma, es una injusticia de Estado en donde el gobernante o la autoridad pretende desconocer el orden creado y las normas o los principios por las que debe regir su actuación, alegando una libertad para hacer lo que quiera⁽⁹⁾. Ella responde a una conducta caprichosa que no sigue una regla general

ser injusto. Al contrario puede haber actos arbitrarios justos o injustos. Un acto de arbitrariedad es justo cuando la negación del derecho en un caso dado tiene en el sentido de establecer una solución más justa para el mismo (....) Es posible que, en ese caso concreto, la justicia quede mejor satisfecha con el acto de arbitrariedad. Así, cuando Federico el Grande revocó la sentencia –legal pero injusta– de juez del Berlín, cometió un acto de arbitrariedad justa”.

(6) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 139 quien afirma que la arbitrariedad es el reverso o el negativo de la justicia o el derecho. Sin embargo, hay quienes expresamente excluyen la referencia de *irracionalidad* como sinónimo de arbitrariedad y en su reemplazo aluden a lo *absurdo*; véase: GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”; en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, p. 150; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 48, 50, 51.

(7) Véase, ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 246.

(8) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 182: “cuando el ejercicio del poder discrecional es arbitrario da lugar a una decisión ausente de explicación, carente de motivos, con una clara falta de fundamentos”.

(9) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 141.

ni un parámetro racional, sino a la mera voluntad y al capricho de quien dispone del poder⁽¹⁰⁾.

En la historia de la humanidad, y en particular en el desarrollo de la idea de Estado tendiente a lograr la racionalidad en el ejercicio del poder, lo que se busca no es la desaparición de la arbitrariedad estatal, sino que la aspiración política metódica es su control y reducción a límites aceptables⁽¹¹⁾.

2. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, algunos autores consideran que la calificación de acto arbitrario no se puede predicar de cualquier acto contrario al derecho, sino de aquellos actos cometidos: i) por quien detenta el supremo poder social efectivo; ii) de los actos que poseen el rango de inapelables⁽¹²⁾; iii) el poder público salta por encima de las normas generales, del criterio aceptado y reconocido de manera mayoritaria, sin responder a ninguna regla, principio o criterio racional de carácter objetivo⁽¹³⁾. De ello se deriva que ni los actos eje-

⁽¹⁰⁾ Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 45.

⁽¹¹⁾ Cfr. DE LOS RÍOS, Fernando, *Obras completas. Escritos guerra civil y exilio*, T. V, p. 412. Sin embargo, hay quienes aluden a la eliminación de la arbitrariedad en el Estado moderno: véase, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 639 y ss.

⁽¹²⁾ Cfr. RECASENS SICHES, LUIS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 213 y 214: "Parece que, en sentido estricto, se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órganos del poder público; y que, en cambio, propiamente, los actos antijurídicos de los poderes públicos, que son rectificables y sancionables por otra instancia superior de estos, merecen la calificación de ilegales o erróneos (en el orden civil, administrativo, penal etc.)".

⁽¹³⁾ Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 215: "el mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general —aplicable a todos los casos análogos— sino que responde a un simple porque sí, porque me da la gana; en suma a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos, de una manera regular, que tiene validez para todos los casos parejos que se presentan".

cutados por particulares, ni los actos cometidos por los demás órganos estatales subalternos distintos a los de la máxima jerarquía y los actos apelables pueden ser considerados como acciones arbitrarias; de tal manera que las sentencias incorrectas, los simples ilícitos, los delitos o los actos que pueden ser revocados por las instancias superiores no están en condiciones de ser estimados como arbitrarios. Para otros se entiende por arbitrariedad la conducta antijurídica de los órganos del Estado: i) Por la alteración de un procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; ii) Por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar en relación a una norma superior; iii) Por transgresión de la esfera de la propia competencia ejecutiva. Se destaca que estos actos no se hallan sancionados necesariamente por el orden jurídico como delitos⁽¹⁴⁾.

Con todo, más allá de la restricción de la arbitrariedad a los actos irrazonables cometidos en la cúspide del poder, una noción amplia de la misma compatible con los principios y valores de un Estado Constitucional permite alcanzar bajo dicha denominación a todo acto del poder público cometido por un funcionario (u órgano), al margen de su nivel jerárquico (funcionario o servidor público), pertenencia a un poder del Estado o a un órgano constitucionalmente autónomo, o la clase específica de acto, siempre que se realice dentro del marco de la relación de poder que ejerce, coincida o no con el haz de competencias o funciones formalmente reconocidas.

La arbitrariedad no guarda relación necesaria con el ejercicio del poder democrático (o no) o con una clase específica de forma de gobierno (v. gr. dictadura, tiranía, democracia parlamentaria, etc.). En una democracia formal puede haber arbitrariedad de la misma manera e intensidad de la que puede haber en un régimen totalitario. La legitimidad o no de origen del ejercicio del poder no condiciona el tratamiento y la calificación de ciertos y determinados actos como arbitrarios⁽¹⁵⁾. Si de manera hipotética existiera una norma que

(14) Por todos, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 630.

(15) Por todos, RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 214 y ss. Sin embargo, como anota: VALADÉS, Diego, *El Control del*

habilitara la total libertad del gobernante o del funcionario para hacer lo que quiere como único criterio configurador de las relaciones jurídicas, el único sistema en el que no podría haber arbitrariedad es el despotismo⁽¹⁶⁾.

Mientras que el derecho vincula al ciudadano y al poder dentro de los límites constitucionales y legales fijados previamente, la arbitrariedad muchas veces aparece como un mero acto de fuerza, de poder, de *coertio* o de la voluntad soberana de quien dispone el mando (poder), pasando por encima de una norma, de una regulación racional o de cualquier sustento objetivo. Con razón, se recuerda que la existencia de un poder arbitrario en materias que debe regir el derecho es un peligro inminente que lo advierten las distintas etapas de la historia⁽¹⁷⁾.

Para otros, la arbitrariedad es el ejercicio excesivo –ya sea inadecuado e ilícito– del arbitrio. Se considera que la arbitrariedad no puede calificarse como una actividad ilegal, sino *a-legal* en la medida en que actúa entre la legalidad y el arbitrio⁽¹⁸⁾. Sin embargo, hay quienes consideran que la arbitrariedad es una conducta o una regulación que no se ajusta a derecho⁽¹⁹⁾.

3. La arbitrariedad se comete a través de actos objetivos que trascienden la esfera íntima o personal de la autoridad. No hay pensamientos o decisiones arbitrarias, sino actos arbitrarios. La catalogación

poder; México, Porrúa, 3ª ed., 2006, p. 27: “en un orden autoritario los instrumentos de control de poder no guardan relación proporcional con la magnitud del poder político, En este caso precisamente a mayor poder, menos control”.

(16) Por todos, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 631, pero aun así recuerda: “en los Estados despóticos no hay sólo esa supuesta norma fundamental, sino un mínimun de normas estables y permanentes de carácter jurídico y una mayoría de actos de arbitrariedad”.

(17) Por todos, STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, 1930, p. 113. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política* [Trad. de Héctor Fix-Fierro], México, Porrúa, 5ª ed., 2009, p. 53, recuerda lo siguiente: “Un Estado que tiene el poder para proteger eficazmente a sus ciudadanos, lo tiene también para oprimirlos”.

(18) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 368.

(19) Véase, STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., p. 114.

de un acto como arbitrario no depende ni está condicionado por la concurrencia o no de un particular elemento subjetivo acerca de si su autor quiso deliberada o intencionalmente realizar una acción arbitraria. Si bien es cierto muchas veces los actos arbitrarios son intencionales en el sentido de queridos y buscados por los funcionarios que los cometen, puede ocurrir que haya un acto arbitrario externamente configurado sin que se manifieste un elemento intencional. También las conductas imprudentes que solo representan la infracción a los deberes de cuidado de las autoridades pueden desencadenar actos arbitrarios. Asimismo, también las buenas intenciones o el deseo, por ejemplo, de hacer justicia puede llevar a cometer actos arbitrarios. En sentido semejante, el querer ser arbitrario, el querer abusar de una competencia o el pretender cometer una grave violación al derecho no basta para reputar un acto como arbitrario. Es necesaria la producción de un hecho externo constatable objetivamente. No todas las decisiones o intenciones se traducen en actos concretos. Por esta razón, se debe tomar en cuenta y valorar el acto en sí o el resultado del mismo más que la subjetividad del agente.

Por otro lado, la arbitrariedad importa tanto la ausencia de razones en la toma de una decisión como la insuficiencia de las razones en la decisión que se adopta. Ambas cosas deben distinguirse y separarse de manera adecuada. Puede que un acto se ejecute, sin más, sencillamente aunque no hay ninguna razón que la respalde, pero pese a dicha falta objetiva de razones aun así se lleve a cabo. Este caso es el supuesto más común y emblemático de arbitrariedad, pues la decisión y el acto se realiza sin que exista un punto de apoyo racional o una base objetiva que la justifique (*arbitrariedad intrínseca*). Sin embargo, puede ocurrir que habiendo una causa o un motivo racional que está en condiciones de sustentar un determinado acto, sencillamente el órgano o el funcionario encargado no la expresa, menciona o justifica, ya sea porque simplemente no se quiere dar alguna justificación o porque hay desidia o una omisión involuntaria en la expresión de las razones objetivas que pueden sustentar la decisión o el acto (*arbitrariedad extrínseca*). Aquí no faltan razones, que incluso pueden en abstracto ser buenas o las mejores razones, sino que no hay expresión de alguna de ellas.

4. Para el TC peruano, la arbitrariedad o lo arbitrario: “apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”(20). En tal sentido, la arbitrariedad de los poderes públicos posee un doble significado: “a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”(21).

II. EL PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

a) Fundamento

1. Un sector de la doctrina considera que el principio de interdicción de la arbitrariedad encuentra su fundamento en la vigencia del principio de igualdad(22) y en la proscripción de privilegios in-

(20) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo.

(21) Exp. N° 3194-2004-HC/TC; caso: Nicanor Carreño Castillo, Exp. N° 0090-2004-AA/TC; Caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 090-2004-AA/TC; Exp. N° 6167-2005-PHC/TC; caso: Fernando Cantuarias Salaverry; Exp. N° 06358-2008-PHC/TC, caso: Azalea Esmeralda García Zegarra; Exp. N° 00218-2009-PHC/TC; caso: Roberto Contreras. Críticamente, y no sin razón, con la jurisprudencia del TC peruano se muestra: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, p. 100, quien considera: “la poca jurisprudencia constitucional existente sobre la materia no termina por definir, menos, por potenciar adecuadamente el uso de esta categoría, y esto es a todas luces contraproducente”.

(22) Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad”; en: *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1990, pp. 107 y 108; TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de

justos⁽²³⁾; de tal forma que la arbitrariedad supone normalmente la manifestación de un caso de discriminación negativa.

Pese a ello, y con razón, un sector calificado de la doctrina publicista considera que el principio de igualdad no agota el fundamento del principio de interdicción de la arbitrariedad⁽²⁴⁾, el cual se funda en la esencia misma de un Estado de Derecho que reclama el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la Constitución y la ley.

La fenomenología de casos de arbitrariedad excede y supera ampliamente los casos de infracción al principio de igualdad⁽²⁵⁾ y los supuestos de discriminación negativa. La violación al principio de igualdad puede ser un caso de arbitrariedad, pero no agota su contenido.

Derecho, 3ª ed., T. I, 1992, p. 67: "Respecto de la (actividad) judicial y la legislativa reviste la forma de prohibición de trato desigual no razonable; o lo que es lo mismo: viene a coincidir con el principio de igualdad ante la ley".

(23) Véase, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 633.

(24) Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, *Revista de Administración Pública*, N° 124, 1991, pp. 211 y ss.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 190; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 52; DESDENTADO DAROCA, EVA, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 182: "el principio de interdicción de la arbitrariedad en nuestro ordenamiento jurídico no es, pues, únicamente un criterio de apoyo para la aplicación del principio de igualdad, sino que tiene un alcance mucho más amplio y de especial relevancia para las potestades discrecionales. Al igual que en el mundo anglosajón, la interdicción engloba la prohibición de desigualdad, pero no se detiene ahí, sino que supone un veto a cualquier otra forma de abuso de la discrecionalidad". En la doctrina peruana: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 89 y ss.

(25) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, *Revista de Administración Pública*, N° 124, cit., p. 225: "la ruptura de la igualdad puede ser un caso de arbitrariedad pero no el único"; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 52; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 190 y 217.

El principio de proscripción de arbitrariedad posee un contenido mucho más amplio y rico⁽²⁶⁾.

2. La apoyatura constitucional del principio de interdicción de arbitrariedad descansa también en la regla constitucional de la libertad de actuación sustentada en la ley (principio de legalidad) por la que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 24º, inc. a). Se trata de un mandato dirigido a la Administración y a la judicatura. Se entiende en este sentido que los funcionarios públicos –cualquiera sea su rango y nivel de pertenencia– no pueden dictar órdenes, mandatos u obligaciones que no tengan sustento legal expreso; de tal manera que no pueden obligar a los ciudadanos a hacer lo que la ley no manda ni impedir, ni restringir el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial la libertad de actuar, sin que exista previamente una prohibición legalmente fundada⁽²⁷⁾.

Otro de los fundamentos del principio en mención es la prescripción constitucional expresa de que los jueces: “Solo están sometidos a la Constitución y la ley” (art. 146, inc. 1) y que por extensión se predica a toda actividad estatal, cualquiera sea su naturaleza e índole⁽²⁸⁾.

(26) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 52.

(27) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 198.

(28) Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 277: “Con el fin de proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, había que procurar primeramente que la acción estatal se desarrollara de acuerdo con una determinada distribución de funciones y reglas de juego garantizadas”. De modo semejante: LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 633: “En términos jurídicos, el problema de la arbitrariedad se plantea como el problema de la vinculación de determinados órganos estatales por las normas jurídicas condicionantes de su actividad”; ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, V. I, 1994, p. 73; VALADÉS, Diego, “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en: *Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, p. 130: “La sujeción al derecho de los órganos del poder es una de las garantías más relevantes para prevenir

La Ley General de Procedimiento Administrativo prescribe (Ley N° 27444) en el artículo IV del Título Preliminar que: “*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*”. En un Estado de Derecho no solo los jueces deben sujetar su actuación a la Constitución y la ley, sino también todos los poderes públicos y todos los funcionarios que componen su estructura. No es que los jueces deban vincularse a la ley y al derecho, y los demás funcionarios públicos puedan hacer lo que les plazca o tienen una autorización expresa para imponer su voluntad y poder sin límites. De ser así, lo que se estaría promoviendo y autorizando es una patente de corso a que se cometan los más diversos actos arbitrarios. No regiría en este ámbito el principio de interdicción de la arbitrariedad, sino el principio de arbitrariedad.

3. El principio de interdicción de la arbitrariedad es un axioma que deriva a su vez de los principios de supremacía constitucional y del Estado de Derecho. En efecto, en un Estado de Derecho no existen poderes públicos absolutos, cuyas competencias y facultades puedan ejercerse de cualquier manera⁽²⁹⁾. En la misma línea, se tiene de que en un Estado Constitucional no hay un soberano⁽³⁰⁾ ni poderes mo-

y corregir los actos de arbitrariedad”; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 98 y 107: “La ley puede y debe conceder a la Administración –en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita, que esto es otra cuestión que también reclama un análisis cuidadoso que habrá que hacer sin demora– tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la ley convenga darla en cada caso, vendrá condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa (...) A la Administración corresponde, desde luego, ejercer esa libertad, mayor o menor, pero siempre limitada por el derecho, y elegir en base a ella las soluciones que le parezcan mejores”.

(29) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* [Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez], Madrid, Trotta, 2011, p. 36.

(30) Por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [Trad. Marina Gascón], Madrid, Trotta, 8ª ed., 2008, p. 13: “con referencia a los Estados pluralistas actuales, antes que de la soberanía de la Constitución sería

nopólicos que a modo de caudillos, órganos centrales (v. gr. comité central) o líderes carismáticos ejerzan el poder de manera ilimitada. La contrapartida y lo opuesto a un Estado Constitucional es un Estado absolutista en el que una persona (v. gr. monarca) ejerce en sus manos y despliega el poder total.

En la Teoría del Estado se recuerda que quien ejerce el poder absoluto en un Estado, a modo de soberano, puede⁽³¹⁾:

- i) disponer ilimitadamente el poder sobre el derecho, ya sea derogando el viejo derecho, creando uno nuevo sin ningún tipo de limitación constitucional o de otro orden. Su poder, su soberanía no viene otorgado por el Derecho constitucional ni por alguna ley escrita, pues el soberano es fuente de todo poder;
- ii) el soberano puede violar cuando quiera, a su sola voluntad, el derecho establecido. No necesita respetar el derecho, ya sea el derecho creado por él o el derecho que le precede. La obligación de respetar y cumplir la ley obliga a los ciudadanos,

adecuado hablar de *Constitución sin soberano*"; VALADÉS, Diego, *El Control del poder*, cit., p. 24: "Si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absolutista"; KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado* [Trad. de Eugenio Bulygin], Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 65, 67 y 150: "No hay dentro del Estado Constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última ratio en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado Constitucional, por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes. En otras palabras: la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado Constitucional". En el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi, *Podere salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, cit., p. 36: "Se desvanece, por consiguiente, la soberanía como *potestas legibus soluta*, claramente incompatible con el Estado Constitucional de derecho, que no admite la existencia de poderes absolutos, es decir, no sujetos a las leyes"; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 635.

(31) Ampliamente, KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 65, 67, 68, 150.

pero el soberano es una isla y un privilegiado en el entramado de los que deben cumplir con la Constitución y la ley⁽³²⁾;

- iii) el soberano puede asumir materialmente la competencia y las funciones de otro poder público, directa o indirectamente. El órgano supremo del Estado es el soberano, de quien derivan las demás potestades y los demás poderes no son más que facultades delegadas. No es que no existan otros órganos y competencias, lo que ocurre es que todos los órganos se encuentran en un menor nivel de jerarquía y en la práctica subordinados a su voluntad;
- iv) el poder del soberano es irrevocable, incondicional e ilimitado en la medida que no encuentra límite ni control dentro del Estado. Ningún ciudadano ni tampoco poder social alguno se le puede oponer y menos resistir.

Es consustancial a un Estado Social y Democrático de Derecho la exigencia de que todos los poderes públicos se sometan al imperio de la Constitución y de la ley⁽³³⁾ y que se excluya de su actuación cualquier comportamiento caprichoso, autoritario, tiránico o basado en la simple voluntad de la autoridad⁽³⁴⁾ (*sic pro ratione voluntas*); en suma, es incompatible en un Estado de Derecho la actuación funcional que solo tenga su apoyo y referencia en el poder estatal carente de límites. El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder

(32) Por todos, KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 67: "No necesita, por tanto, modificarlo, si no quiere respetarlo; puede perfectamente dejarlo vigente y, al mismo tiempo, sobreponerse a él. Todos los demás están obligados por el derecho creado por el soberano, pero él forma una excepción. Pero también puede dar instrucciones a los órganos aplicadores del derecho a inducirlos a tomar una decisión contraria al derecho".

(33) Cfr. RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho* [Trad. de Andrea Greppi], Madrid, Trotta, 2010, p. 47; FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, cit., p. 36.

(34) Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, V. I, cit., p. 72; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 120; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 52.

Judicial –en todos sus niveles, instancias y miembros– se encuentran sometidos al principio de interdicción de la arbitrariedad y su actuación debe enmarcarse de manera estricta dentro de sus ámbitos precisos de competencias y atribuciones fijadas en la Constitución⁽³⁵⁾. La noción misma de Estado de Derecho alude a la idea del Estado que asegura la libertad de los ciudadanos, preservándoles del abuso del poder y de la arbitrariedad de la autoridad⁽³⁶⁾. Como señala ZIPPELIUS: “*Las instituciones del moderno Estado Constitucional y de derecho fueron conformándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. Así, la historia de la libertad ciudadana es la historia de la limitación y control del poder del Estado*”⁽³⁷⁾.

(35) Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 49: “La distinción entre el Estado y otras comunidades jurídicamente ordenadas (como los municipios o las sociedades por acciones) depende precisamente de las competencias. El Estado es sólo aquella comunidad que dispone, en última instancia, sobre el instrumento de regulación normativa (es decir, posee la supremacía de competencias). En el Estado totalmente organizado existe una jerarquía, una construcción escalonada de las competencias: el legislador deriva su poder de regulación del constituyente; el reglamentador deriva el suyo del legislador. Así, las leyes se expiden con fundamento en la constitución por el órgano constitucionalmente determinado, dentro de los límites constitucionales, en especial, de los marcados por los derechos fundamentales. Los reglamentos se expiden, con base en la ley, por el órgano legalmente determinado, en un procedimiento y con contenido indicados en la ley”; KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 151: “En el Estado Constitucional sólo hay competencias, limitadas por el derecho constitucional preexistente. El poder estatal está distribuido entre los órganos, y todo órgano solo tiene aquel poder jurídico que le ha sido asignado por el orden constitucional”; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 638.

(36) Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 97.

(37) ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 276: “Los principios del Estado de Derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo pueden realizarse a un mismo tiempo orden y la libertad”; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 639: “La historia del Estado moderno es una lucha contra la arbitrariedad y en favor de la juridización de todas las esferas de la actividad estatal”; ZAGREBELSKY,

Por ello, la proscripción de arbitrariedad es un principio que optimiza y constituye una pieza fundamental en la protección de la libertad y los derechos de la persona⁽³⁸⁾ y que prohíbe decisiones públicas irracionales e irrazonables⁽³⁹⁾.

Si en un Estado Constitucional todos los funcionarios públicos deben sujetarse y vincular sus decisiones a la Constitución y a la ley (art. 146º, inc. 1 de la Const.) es porque la ley fundamental pretende erradicar los actos arbitrarios que son justamente el tipo de actos que repugnan y se resienten con la ley y el derecho. La Constitución no admite que cualquier poder público se ejerza por la sola voluntad del agente o el capricho del funcionario, sin que exista un criterio o parámetro objetivo en el que se pueda fundar la decisión⁽⁴⁰⁾. El único poder que la Constitución acepta como legítimo, en su correcto ejercicio, es el que se presenta como resultado de una voluntad razonable o el que aparece como una voluntad racionalmente justificada que, por lo tanto, puede ser entendida y compartida por los ciudadanos. Solo en dicha medida es posible contribuir a renovar

Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., p. 21: "El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos"; VALADÉS, Diego, *El Control del poder*, cit., p. 24: "dentro de un sistema constitucional para que el poder se haga obedecer debe ser legítimo, y si es legítimo debe sujetarse a las normas que lo limitan (...) Todo poder, por ende, tiende a ser limitado. Los límites funcionan como elementos de equilibrio o como formas de resistencia".

(38) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 198.

(39) Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *la Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 88.

(40) Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 72; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, *Revista de Administración Pública*, N° 124, p. 225: "Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones".

y reforzar el consenso sobre el que descansa la convivencia pacífica del conjunto social⁽⁴¹⁾.

Se distingue entre la autoridad de la función y la autoridad personal⁽⁴²⁾. La autoridad de función es intermediaria entre el poder y el derecho, y lo ejerce quien desempeña un cargo conforme a las normas de organización del Estado y los criterios de competencia. La autoridad goza de ciertas facultades para solucionar ciertos problemas y conflictos de acuerdo a ciertas reglas jurídicas previamente establecidas. Por su lado, la autoridad personal se basa en determinadas características particulares de una persona como sus conocimientos, cualidades, experiencia, carácter, voluntad, etc.; al margen de si de manera real y concreta ejerce un cargo. Un líder (político o social) puede que no desempeñe una determinada función (cargo), pero ejerza una autoridad personal sobre un grupo determinado de personas. En el campo jurídico, lo que interesa es la autoridad de la función y el cargo que se ejerce que está premunido de una serie de competencias y facultades. De manera estricta, en el derecho público los altos puestos de la administración (jueces, fiscales supremos, etc.) –que requieren capacidad técnica y alta especialización y que no responden a un criterio puramente político– deben respetar los principios de capacidad y mérito. La idea central sobre la que gira el derecho al acceso de la función pública es el **principio del mérito**⁽⁴³⁾. En efecto, el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional, tal como se inscribe el Estado Peruano, el principio del mérito y la capacidad es el principio basilar que ha de regir la regulación de las

(41) Exp. N° 05195-2008-PA/TC, caso: Edwin Antenor Rolando Pereyra.

(42) Por todos, KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., pp. 18 y 19; LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, cit., p. 150, distingue entre ser una persona con autoridad, ser una persona autorizada y ser una persona autoritaria.

(43) Exp. N° 0025-2005-PI/TC; 0026-2005-PI/TC, caso: Colegio de Abogados de Arequipa y otro; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinos-troza Pariachi.

condiciones de acceso a la función pública⁽⁴⁴⁾. Aquí debe haber una confluencia entre la autoridad personal y la autoridad de la función⁽⁴⁵⁾.

4. El principio de interdicción de arbitrariedad es un mandato que se dirige de manera puntual y focalizada a todos los poderes públicos y no a los particulares que tienen en la Constitución, la ley y, en general, al derecho un límite de su actuación⁽⁴⁶⁾. Los ciudadanos no pueden alegar y exigir el cumplimiento de este principio en sus relaciones de coordinación con otros ciudadanos. Lo que prohíbe la Constitución es la arbitrariedad estatal no la arbitrariedad entre particulares. En efecto, la interdicción de arbitrariedad es un límite al poder estatal y no tanto del poder político que es ejercido por asociaciones políticas menores dentro del estado.

Se recuerda que el poder es la capacidad de una persona o un conjunto de personas de imponer sus decisiones a una comunidad, determinando su obediencia y garantizándola si es necesario con la coerción⁽⁴⁷⁾. El poder en sentido amplio se entiende como la capacidad de guiar el comportamiento ajeno a través de la coacción física (poder estatal) como a través de la influencia espiritual (carisma, religión, etc.)⁽⁴⁸⁾. Hay poder cuando una persona manda con éxito sobre otros, al margen de si existe un aparato administrativo o jurisdiccional⁽⁴⁹⁾.

(44) Cfr. MARINA JALVO, Belén, *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*, Lex Nova, 2006, p. 45.

(45) Por todos, KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 18: "El que alguien desempeñe un cargo puede favorecer su autoridad personal, cuando cabe suponer que el cargo lo debe a su mérito y a sus cualidades".

(46) Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, V. I, cit., p. 72; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 254; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 41.

(47) Por todos, LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1983, V. II, p. 108.

(48) Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 107.

(49) Cfr. WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales* [Trad. de Joaquín Abellán], Madrid, Alianza Editorial, 1ª Reimp., 2010, p. 163:

En esta noción amplia de poder se comprende tanto al poder político, al poder ideológico, al poder económico⁽⁵⁰⁾ como otras manifestaciones del poder⁽⁵¹⁾. El poder político es aquel poder que para obtener sus efectos deseados acude al empleo de la fuerza como recurso último⁽⁵²⁾ (*extrema ratio*) bien para defenderse de los ataques externos (guerra) o de los ataques internos⁽⁵³⁾ (delitos, violencia, disturbios, etc.); así mientras el poder religioso se vale de la amenaza de penas o la promesa de premios más allá de la muerte, el poder político se caracteriza por el empleo de la coacción o de la constricción física si es que no se cumple con sus mandatos. Sin embargo, la característica más importante del poder político no tanto es el empleo de la fuerza, sino la exclusividad (formal) de su uso⁽⁵⁴⁾. El Estado no se distingue por la consecución de sus fines –todas las organizaciones políticas

(50) Al respecto de manera amplia: BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política* [Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello]; Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009, p. 178; él mismo *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª Reimp., 1999, pp. 101 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, cit., pp. 52 y ss.; VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* [Trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vázquez Sánchez], Madrid, Trotta, 2012, p. 65: “Estos tres poderes compiten por instituir y mantener una sociedad de desiguales, de ricos y pobres, de sabios e ignorantes, de fuertes y débiles, pero es el poder político sobre todo el que ha sido considerado desde hace mucho tiempo, y lo sigue haciendo hoy para la mayoría el poder por excelencia, el que tiene mayor capacidad para condicionar comportamientos”.

(51) Véase, BIDART CAMPOS, Germán, *El Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985; ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, p. 107.

(52) Cfr. WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, cit., p. 166: “La amenaza y, eventualmente, su aplicación es un medio específico y siempre la última ratio, cuando fallen los otros medios”; BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., p. 179.

(53) Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., p. 179.

(54) Ampliamente, BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, cit., pp. 108, 112 y 114; del mismo autor; *Teoría general de la política*, cit., pp. 180 y 181: “Este proceso de monopolización se produce simultáneamente con el de criminalización y penalización de todos los actos de violencia no realizados por las personas autorizadas por los detentadores y beneficiarios de este monopolio”.

buscan garantizar la justicia, la paz, la igualdad—, sino por el empleo de un medio específico (la violencia legítima o coacción estatal) que, como dice Max Weber: “*sin ser exclusivo de él, es sin embargo específico e imprescindible para su ser*”⁽⁵⁵⁾. Por su parte, el poder económico utiliza la posesión o propiedad de ciertos bienes que se consideran necesarios en una situación de escasez, a fin de inducir a quienes no poseen los bienes, hacia una determinada conducta (trabajo). La titularidad de los medios de producción permite consolidar el poder de quienes lo detentan respecto de los que carecen de ellos⁽⁵⁶⁾.

Finalmente, el poder ideológico reside en la posesión de ciertas formas de saber que a modo de conocimientos, doctrinas, códigos de conducta o simplemente información permiten influir en el comportamiento de otros a fin de ejecutar, u omitir, determinadas acciones. Dicho poder es ejercido, por ejemplo, por los sacerdotes, literatos, científicos, etc., e históricamente se ha concentrado en dos instituciones: la iglesia y la universidad. No se acude a la fuerza, sino a la persuasión y al convencimiento para adoptar ciertas decisiones y conductas tanto individuales como colectivas. En el mundo moderno, el poder ideológico se ha concentrado de manera drástica en los medios de comunicación (poder mediático) que es el escenario al que acuden los actores de los demás poderes (político y económico) a fin de promover sus intereses o una determinada línea de acción. Como anota Vitale: “el poder ideológico ha pasado de las manos de los sa-

(55) Cfr. WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, cit., pp. 167 y 169: “este carácter monopolista del poder estatal es una nota esencial de su situación presente como lo es su carácter de institución racional y de organización permanente”; BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., p. 182 quien alude a las características de **exclusividad, universalidad e inclusividad** del poder político respecto a otras formas de poder (las negritas son nuestras).

(56) Cfr. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, cit., p. 111: “En cualquier sociedad donde existen propietarios y no propietarios, el poder del propietario deriva de la posibilidad que la posesión exclusiva de un bien le da de obtener que el no propietario (o propietario de su fuerza de trabajo) trabaje para él bajo las condiciones que él imponga”.

cerdotes y de los científicos a las de los llamados comunicadores⁽⁵⁷⁾". En la actualidad son los medios de comunicación los que imponen, consciente o inconscientemente, determinados códigos de conducta, guían las elecciones personales y colectivas, determinan la asunción de ciertos valores, principios y manejan a su antojo la agenda pública⁽⁵⁸⁾; más que transmitir mensajes e información se han convertido en centro de producción de los mismos. Uno de los aspectos críticos de la sociedad contemporánea es la concentración y a veces unificación del poder económico, poder político y poder mediático en una sola mano o en pocas personas, detectándose una relación directa e incluso una simbiosis entre dinero, política e información⁽⁵⁹⁾ que genera no solo un evidente y claro conflicto de intereses en el manejo del Estado, sino que representa un grave peligro a la democracia constitucional en la medida en que hay confluencia entre los poderes económicos privados y los poderes de gobierno⁽⁶⁰⁾.

(57) VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, cit., p. 68.

(58) Ampliamente, PINGAUD, Denis y POULET, Bernard, *Del poder de los medios de comunicación a la fragmentación de la escena pública*, cit., p. 2: "La pantalla chica no se conforma con ofrecer a los políticos que ejercen el poder o aspiran a conquistarlo un contacto eficaz e inmediato con el pueblo. Los obliga a modificar su agenda, a transformar su lenguaje y a cuidar de su apariencia"; VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, cit., p. 69: "Diversos autores han subrayado en estos últimos años que los medios de masas, en especial la televisión, son potenciales vehículos de conformismo social y de la homologación de los estilos de vida y del pensamiento dominante, que contribuyen a producir una regresión cognitiva colectiva que se manifiestan en formas de semi-analfabetismo generalizado y, en consecuencia, en la preclusión del pensamiento abstracto y crítico".

(59) Por todos, FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, cit., p. 53, quien recuerda la relación cada vez más fuerte entre dinero, información y política: "dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información, según un creciente círculo vicioso que se resuelve en el creciente condicionamiento anti- o extra-representativo de la acción de gobierno".

(60) Para el caso emblemático en Italia, véase: VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, cit., pp. 69 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, cit., pp. 52, 56, 58: "En

El principio de proscripción de arbitrariedad tiende a limitar únicamente el poder estatal.

El poder estatal controla el sistema jurídico y los órganos de producción de normas. El Estado es definido como el titular del poder supremo (*summa potestas*) y que se relaciona con la teoría de los tres poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y, en general, con la teoría del poder⁽⁶¹⁾. El poder estatal difiere del poder político debido a que tiene a su disposición un sistema jurídico establecido que se mantiene por los órganos del Estado. Por ello, el poder estatal es un poder político legalmente organizado conformado por un conjunto de competencias⁽⁶²⁾ que para que sea legítimo debe encontrar respaldo en los ciudadanos⁽⁶³⁾. Dicho poder es un poder institucionalizado que a través de un aparato judicial y administrativo garantiza la vigencia de su ordenamiento en su territorio a través de la amenaza de sanciones

Italia, el conflicto de intereses en el vértigo del sistema político ha adoptado las formas, sin parangón y sin precedentes, de la concentración en las mismas manos de los poderes de gobierno, de un enorme sistema de intereses y de poderes económicos y financieros, así como los poderes mediáticos asegurados por el casi monopolio de la información televisiva”.

- (61) Véase, BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, cit., p. 103: “Si la teoría del Estado puede ser considerada como una parte de la teoría política, la teoría política a su vez puede ser considerada como una parte de la teoría del poder”.
- (62) Por todos, HELLER, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos* [Trad. Maximiliano Hernández Marcos y Encarnación Vela Sánchez], Valencia, Pretextos, 1996, pp. 76 y 83; ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 58, quien recuerda: “El poder del Estado no es un haz de diversas facultades de regulación, sino que implica el poder jurídico de ampliar o limitar dichas competencias (...) el poder del Estado contiene también las competencias de decidir sobre la extensión de las competencias estatales, esto es, la supremacía de competencias o competencias de competencia”.
- (63) Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, V. II, cit., p. 112; ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 53; BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, cit., pp. 117, 120 y 123: “el problema de la legitimidad está infinitamente vinculado al de la obligación política con base en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato de poder legítimo”.

y de ser el caso con el uso de la coacción física⁽⁶⁴⁾. La interdicción de arbitrariedad busca limitar el poder estatal en sus diversas manifestaciones garantizando la protección de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Debe tomarse en cuenta que el poder estatal y el poder político pretenden siempre presentarse como un poder legítimo, aunque con ello solo busque perpetuar su dominación⁽⁶⁵⁾. No todo poder político es poder estatal⁽⁶⁶⁾. El constitucionalismo moderno se caracteriza por una permanente aspiración de limitar el poder estatal⁽⁶⁷⁾.

La interdicción de la arbitrariedad es temática de relevancia constitucional, no solo por su gravitante importancia en aras de concretar la ley fundamental, sino también por su manifiesta trascendencia en la tutela efectiva de los derechos fundamentales⁽⁶⁸⁾.

b) La proscripción de la arbitrariedad como principio general del derecho

1. En el derecho comparado una parte de la doctrina, especialmente española, en la que expresamente se reconoce la vigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad, considera que dentro del elenco de preceptos constitucionales (valores, principios, directrices y disposiciones) la regulación que realiza el artículo 9°.3 de la Constitución española es un caso de *disposición directa prohibitiva*⁽⁶⁹⁾; de tal manera que no se trataría ni de un principio, valor o directriz.

(64) Por todos, WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, cit., p. 165.

(65) Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. I, cit., p. 31.

(66) Debe anotarse que algunos autores distinguen entre el poder genuinamente político (poder estatal) de las acciones con orientación política, propias de las organizaciones distintas al Estado, véase: WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, cit., p. 168.

(67) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *El Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 164.

(68) Exp. N° 4268-2009-PA/TC, caso: Mauro Alvarado Zevallos.

(69) Véase, in extenso: GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos"; en: *Discrecionalidad Administrativa y Control*

Sin embargo, otro sector calificado de la doctrina, que introdujo el aludido principio en la ciencia jurídica española, estima que la interdicción de arbitrariedad es un principio general del derecho⁽⁷⁰⁾ que opera como una cláusula de cierre del sistema⁽⁷¹⁾, que posee una gran carga ideológica⁽⁷²⁾ y que siendo una fórmula suficientemente expresiva⁽⁷³⁾, asentada en criterios de racionalidad y razonabilidad⁽⁷⁴⁾ remite a criterios de justicia material, situación que supone garantizar un auténtico control de fondo de los diversos actos administrativos –y en general de toda actuación del poder estatal– que va más allá del control formal respecto a la competencia, procedimiento del acto o de las normas administrativas⁽⁷⁵⁾. Dicho principio –a criterio de García de Enterría– “tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita la disolución) nebulosa e indeterminación (que permite su dinamicidad

Judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, pp. 136 y ss.; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 36, 92, 93. Sin embargo, luego sostiene: “debemos situar la interdicción de arbitrariedad en nuestra realidad como un principio de reconocimiento y afirmación esencialmente jurisprudencial, que mantiene un importante papel directriz en todo el ordenamiento positivo (....)” (p. 97).

(70) Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1999, V. I, p. 267; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 197 y 201, quien estima que la interdicción de arbitrariedad es un principio general de derecho público; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 30, 1959, p. 160; TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. I, p. 31.

(71) Por todos, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 139.

(72) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 353.

(73) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Del Control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial; en: *Revista de Administración Pública*, N° 100-102; enero-diciembre, 1983, p. 1085.

(74) Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., p. 88.

(75) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en: *Revista de Administración Pública*, cit., p. 160.

y superioridad de grado para dominar supuestos muy variados) que es peculiar de los auténticos principios de derecho”(76).

2. El principio de proscripción o interdicción de arbitrariedad no posee una regulación constitucional expresa dentro de la Ley fundamental peruana(77). Nuestra Carta Política difiere de otras Constituciones como la española que de manera expresa regula el mencionado principio(78) y que difícilmente encuentra una regulación semejante en el derecho constitucional comparado(79). Con todo, la ausencia

(76) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, cit., pp. 160 y ss.

(77) Véase, VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 102 y 94, para quien: “Esta omisión, aunque no impide la utilización de la técnica, sí produce una atenuación de la fundamentación y eficacia del control jurídico de los poderes públicos nacionales. Más aún, este silencio podrá haber determinado que su existencia pasara casi inadvertida en nuestro derecho, situación que solo se ve parcialmente remediada a merced de algunas pocas piezas de la jurisprudencia constitucional y otras tantas producidas por el más alto nivel de la función administrativa consultiva y decisoria (....)”. Este autor propone que el principio de interdicción de arbitrariedad debe ser objeto de implantación definitiva en nuestro sistema jurídico a través de una reforma constitucional: “pues, solamente esta, es la que aseguraría un mejor panorama para lidiar contra el poder arbitrario y entregar el alma de razón que hace falta a todas las organizaciones administrativas de nuestro Estado” (p. 124).

(78) Artículo 9°:

- “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

(79) Véase, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 195.

de tratamiento y regulación positiva no quiere decir ni equivale a que el principio de interdicción de arbitrariedad no pueda inferirse de los artículos 3⁽⁸⁰⁾ y 43⁽⁸¹⁾ de la Constitución⁽⁸²⁾.

La interdicción de la arbitrariedad es un principio constitucional implícito⁽⁸³⁾. La doctrina, junto a los principios constitucionales explícitos, reconoce también a los principios constitucionales implícitos⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁰⁾ **Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Númerus Apertus**

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁽⁸¹⁾ **Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno**

“La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

⁽⁸²⁾ Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo; Exp. N° 3151-2006-AA/TC, caso: Carlos Tello Holgado y otra; Exp. N° 05195-2008-PA/TC, caso: Edwin Antenor Rolando Pereyra; Exp. N° 03515-2010-PA/TC, caso: Justo Clodomiro Caparo Zamalloa; Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanesa Espinoza Soria: “De este modo, aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3, así como en el artículo 43, el Estado democrático y social de derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público”.

La Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 56 elaborado por la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales ha señalado que “los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”, mencionados en el artículo 3° de la Constitución, respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45 del texto constitucional”.

⁽⁸³⁾ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 197. El TC peruano en la sentencia del Exp. N° 005-2001-AI/TC, caso: Dec. Leg. N° 895 y otras disposiciones reconoce a la interdicción de arbitrariedad como principio constitucional.

⁽⁸⁴⁾ Sobre la inabarcable bibliografía sobre los principios jurídicos, véase solo a título ejemplificativo: ÁVILA, Humberto, *Teoría de los Principios* [Trad. Laura

Los principios son normas fundamentales en un doble sentido: i) Sirven de fundamento y/o justificación a otras normas de los diversos sectores del orden jurídico; ii) Los principios no requieren, o parecen no requerir, a su vez fundamento o justificación, por cuanto son considerados como obvios, autoevidentes o intrínsecamente justos⁽⁸⁵⁾. Los principios son una referencia obligada en la reconstrucción del sistema político-institucional⁽⁸⁶⁾. En un Estado Constitucional, hay principios jurídicos, explícitos o implícitos, que no pueden ser derogados ni por la legislación ordinaria, ni por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales⁽⁸⁷⁾.

Criado Sánchez]; Madrid, Marcial Pons, 2011, pássim; ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* [Trad. de Carlos Bernal Pulido], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pássim; SIECKMANN, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pássim; ALPA, Guido, *I Principi Generali*, Milano, Giuffrè, 2006, pássim; PIZZORUSSO, Alessandro, *Fonti del diritto*, Bologna, Zanichelli, 2ª ed., 2011, pp. 670 y ss.; COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", en: *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 112 y ss.; GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", en: *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2ª reimpr. 2007, pp. 126 y ss.; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013, pássim; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pássim; BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los Principios jurídicos*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2010, pássim; VIGO, Roberto, *Los Principios Jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pássim; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", en: *Doxa*, N° 10, 1991, pp. 106, 112 y 119; RUIZ RUIZ, Ramón, "Sobre la discrecionalidad en un Estado Constitucional", en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 20, 2010, pp. 122 y ss.

(85) Véase, GUASTINI, Riccardo, "Proyecto para la voz 'ordenamiento jurídico' de un diccionario", en: *Doxa*, N° 27, 2004, pp. 258 y 259.

(86) Cfr. RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho*, cit., p. 48.

(87) Cfr. CHIASSONI, Pierluigi, "El Estado laico según mater ecclesia. Libertad religiosa y libertad de conciencia en una sociedad democrática", en: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 27, 2007, p. 165; RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho*, cit., p. 49.

Los principios jurídicos expresos son los que se encuentran explícitamente en una disposición constitucional o legislativa⁽⁸⁸⁾ de la que puede obtenerse mediante interpretación como si fuera cualquier otra norma⁽⁸⁹⁾. El número y variedad de los principios expresos son amplísimos en las Constituciones contemporáneas, entre las que se cuenta la Constitución Peruana, que por ideología y política constitucional son textos principalistas. No es necesario que los principios expresos aparezcan bajo una rotulación constitucional o legal específica de “*principios*” en la medida en que pueden ser considerados como tales al margen de su ubicación sistemática (derechos fundamentales o parte orgánica), encabezamiento o taxonomía normativa⁽⁹⁰⁾. Los principios expresos en tanto se encuentran recogidos en una disposición normativa tienen la virtud de limitar tanto formal como materialmente a la

(88) Sobre la definición de disposición normativa, véase: CRISAFULLI, Vezio, “Disposición (y norma)” [Trad. de Mar Fernández Pérez], en: *Disposición vs. Norma* (Susanna Pozzolo y Rafael Escudero editores), Lima, Palestra, 2011, pp. 67, 69, 70: “En el terreno lógico, toda norma es formulable, es decir, necesariamente traducible en proposiciones lingüísticas que caracterizan a la disposición verdadera y propia (la disposición que es a menudo confundida con la norma) y cuya formulación la precede y condiciona, apareciendo como declaración vinculante e insustituible (y, en ese sentido, constitutiva) de la norma, aunque raramente sea de por sí suficiente para determinar por completo y de forma unívoca su significado. Por tanto, no todas las normas que constituyen el ordenamiento jurídico como derecho objetivo tienen detrás de sí las correspondientes disposiciones, aunque todas ellas sean formulables en palabras y se hayan también recogido por escrito (....). Por disposición no se entiende la norma (en cualquier caso y por cualquiera) formulada, sino más precisamente, la fórmula institucionalmente dirigida a establecer y revelar la norma”.

(89) Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en: *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 131; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 161.

(90) Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 153: “La constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene solo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho”.

producción de normas inferiores; de tal manera que una disposición que afecte su sentido no será una excepción, sino una clara e inequívoca infracción al mismo⁽⁹¹⁾.

Se consideran principios expresos al contar con una disposición normativa: el principio de irretroactividad (art. 103° de la Const.), el principio de presunción de inocencia (art. 2°, 24, e de la Const.), el debido proceso y la tutela judicial efectiva (art. 139°.3 de la Const.), la prohibición de indefensión (art. 139°.14), la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley (art. 139°.4), el no ser penado sin proceso judicial (art. 139°.10), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (art. 139°.11), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos (art. 139°.16), el principio de lesividad en el Derecho penal (art. IV del TP del CP), la prohibición de responsabilidad objetiva (art. VII del TP del CP), la prohibición de exceso de la pena respecto a la gravedad del hecho (art. VII del TP del CP), la interpretación restrictiva de la ley que limite la libertad, el ejercicio de derechos procesales, de un poder conferido a las partes o que establezca sanciones procesales (art. VII.3 del TP del NCPP), la legitimidad de la prueba (art. VIII del TP del NCPP), entre otros.

Por su parte, son principios implícitos, o no expresos, los que carecen de disposición⁽⁹²⁾ o los que no se encuentran expresamente formulados en alguna disposición constitucional o legal. Se trata de principios que son elaborados y contruidos por el intérprete y que revisten

(91) Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 153.

(92) Véase: CRISAFULLI, Vezio, "Disposición (y norma)", en: *Disposición vs. Norma*, cit., pp. 74 y 75, para quien los principios por un lado: "son siempre inducidos desde disposiciones, y en este sentido tienen fuente legislativa; pero, por otro lado, (y con mayor claridad cuanto más alto sea su nivel de generalidad), estos principios están privados de formulación, sea esta también aproximada o inadecuada, y pueden por ello considerarse como Derecho no escrito contenido (*rectius*: que se considera y debe considerarse contenido) en el Derecho escrito"; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 160.

una mayor complejidad tanto en su identificación⁽⁹³⁾, elaboración y argumentación respecto a los denominados principios expresos⁽⁹⁴⁾. La formulación o construcción de un principio no expreso no quiere decir que el operador jurídico (juez, dogmático, órgano administrativo) se irroge una competencia que no le corresponde (como si fuera constituyente o legislador), sino que se asume que dicho principio se encuentra latente o implícito en el conjunto de fuentes del orden jurídico⁽⁹⁵⁾. No se trata de una labor netamente interpretativa, sino de una actividad de integración que realizan los operadores jurídicos con un fuerte grado de discrecionalidad a partir de normas singulares o de un grupo de normas del ordenamiento jurídico⁽⁹⁶⁾. En todo caso,

(93) Respecto a la identificación del parámetro constitucional de la interpretación constitucional: CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica* [Trad. de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora], Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 182.

(94) ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", en: *Doxa*, N° 10, p. 119 quienes recuerdan que los principios implícitos no solo plantean el problema de cómo deben ser usados en cuanto premisas en una argumentación jurídica, sino también el de cómo se justifica adoptarlos como tales premisas.

(95) Por todos, GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", en: *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 132.

(96) Por todos, CRISAFULLI, Vezio, "Disposición (y norma)", en: *Disposición vs. Norma*, cit., p. 75; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., p. 163: "dichos principios no son el fruto de una atribución de significado a cierta disposición normativa, sino que representan la construcción de ese significado por parte del intérprete"; GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", en: *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 132; ALCHOURRÓN, Carlos y BULGYN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 3ª reimpr., p. 111, recuerdan: "Resulta claro que a pesar de ser deductivo el razonamiento del jurista que extrae **principios** generales (normas complejas) de enunciados de derecho dados y a pesar de que la relación entre sus premisas y la conclusión (la nueva base) es la de implicación lógica, la tarea de la reconstrucción del sistema o, mejor dicho, de la reformulación de la base que consiste, entre otras cosas, en descubrir los **principios** generales **implícitos**, dista mucho de ser mecánica. Esta tarea exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman 'Einfühlung'. Es en este campo donde la diferencia entre el talento y la mera laboriosidad se hace patente y donde es indispensable la presencia del primero".

los principios implícitos se obtienen de un conjunto finito de normas que poseen aspectos esenciales en común de los que se pueden inferir uno o varios principios. Uno de los procedimientos más utilizados en la configuración de los principios implícitos es el recurso de la analogía que implica el empleo de una generalización sobre la base de una o varias normas del orden jurídico⁽⁹⁷⁾. Un ejemplo paradigmático de un principio implícito en nuestro derecho es el principio de proscripción de arbitrariedad, como también lo son el principio de imparcialidad de los poderes públicos, el principio de proporcionalidad y razonabilidad, el *ne bis in ídem*⁽⁹⁸⁾, etc.

3. El principio de proscripción de arbitrariedad posee eficacia normativa directa, de allí que pueda ser invocado y utilizado por los Tribunales de justicia (ordinarios y constitucionales) para declarar

⁽⁹⁷⁾ Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, pp. 161 y 162.

⁽⁹⁸⁾ Exp. 003-2005-PI/TC; Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela; Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N° 04765-2009-PHC/TC, caso: Abel Humberto Preciado Aguilar; Exp. N° 0729-2003-HC/TC, caso: Marcela Ximena Gonzales Astudillo; Exp. N° 02727-2007-PHC/TC, caso: Marino Aguirre Morales; Exp. N° 00021-2011-PHC/TC, caso: Hugo Miguel Foraquita Enríquez; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, caso: Nelson Jacob Gurman; Exp. N° 1176-2003-AA/TC, caso: Julio Marreros Valles; Exp. N° 2405-2006-PHC/TC, caso: Efraín Llerena Mejía; Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso: José Antonio Álvarez Rojas; Exp. N° 02534-2010-PHC/TC, caso: Lucía Angelica Inga Paz de la Cruz a favor de Enrique Aurelio de la Cruz Salcedo; Exp. N° 01813-2011-PHC/TC, caso: Miguel Ángel Dipas Vargas; Exp. N° 01526-2010-PA/TC, caso: Diego Enrique Acosta Castillo; Exp. N° 04225-2008-PHC/TC, caso: Ynocencio Willer Taipe Huamaní; Exp. N° 00286-2008-PHC/TC, caso: Alberto Alca Quispe; Exp. N° 01487-2010-PHC/TC, caso: Abel Hallasi Zárate; Exp. N° 00614-2010-PHC/TC, caso: Marco Antonio Cárdenas Minaya y otro; Exp. N° 4721-2007-PHC/TC, caso: Lilia Adbel Troncoso Assen de Joy Way; Exp. N° 00044-2008-PHC/TC, caso: Vicente Eusebio Fernández Ramos y otros; Exp. N° 05543-2007-PHC/TC, caso: Ricardo Enrique Cavalier Ruiz; Exp. N° 03035-2007-PHC/TC, caso: Juan Augusto Mostajo Lavado; Exp. N° 03394-2009-PHC/TC, caso: Carlos Manuel Sócrates Sandoval Blancas; Exp. N° 06190-2007-PHC/TC, caso: Dag Aanby; Exp. 8817-2005-PHC/TC, caso: César Alfonso Ausin de Irruárizaga y otro; Exp. N° 2322-2004-AA/TC, caso: Gilmar Aguirre León.

nula una decisión o acto estatal arbitrario. Incluso, se llega a sostener que la validez de todos los actos de los poderes públicos queda condicionada al respeto de los principios constitucionales y, en especial, a la vigencia del principio de interdicción de arbitrariedad⁽⁹⁹⁾.

Si bien su origen responde a la necesidad de controlar la actividad administrativa, su desarrollo y entronamiento constitucional representa un mandato que comprende toda la actividad estatal, sea judicial, legislativa o de cualquier otro orden⁽¹⁰⁰⁾. Los poderes públicos solo deben actuar en resguardo del interés público, dentro de su propia esfera de atribuciones y competencias, de acuerdo al procedimiento establecido en la ley, con respeto a la ley y a los valores superiores del ordenamiento jurídico⁽¹⁰¹⁾. Se requiere el cumplimiento de las exigencias del debido proceso; v. gr. imparcialidad, derecho de defensa, motivación⁽¹⁰²⁾, etc.

El principio de interdicción de arbitrariedad como todo precepto constitucional debe interpretarse no de modo literal, sino sobre la base de la finalidad que persigue, más aún cuando se trata de un principio general o, incluso, de una garantía de la administración de justicia⁽¹⁰³⁾. Se trata, en buena cuenta, de un principio constitucional vertebral que forma parte esencial de las exigencias y condiciones de

(99) Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 46.

(100) Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, cit., p. 97; DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad"; en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 178; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 51 y ss.

(101) Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, V. I, cit., p. 72; VALADÉS, Diego, *El Control del poder*, cit., p. 117. De modo semejante ya antes se había pronunciado: RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 218.

(102) Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., pp. 51 y ss.

(103) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 197.

un Estado Constitucional⁽¹⁰⁴⁾ y que muchas veces opera como un principio paraguas de la actividad estatal⁽¹⁰⁵⁾. La amplitud y generalidad de este principio no es mayor ni encierra menos problemas de delimitación que otros principios y valores constitucionales (v. gr. justicia, libertad, paz, etc.)⁽¹⁰⁶⁾.

4. Dicho principio permite fundamentar, junto a la vigencia del principio de legalidad, el principio de responsabilidad de los poderes públicos⁽¹⁰⁷⁾, por el cual las violaciones a los derechos fundamentales o el incumplimiento de las obligaciones legales debe llevar a una reacción del ordenamiento jurídico tanto de tipo sancionatorio, aplicando penas criminales en los casos más graves o sanciones administrativas de amonestación, multa, suspensión o destitución, como debe provocar el pago de indemnizaciones, si es que con el actuar arbitrario de los poderes públicos se termina generando un daño resarcible⁽¹⁰⁸⁾. De esta manera, los particulares exigen a los funcionarios y, en general, a los poderes públicos responsabilidad por la ejecución de actos arbitrarios.

c) Manifestaciones del principio de interdicción de arbitrariedad

1. La arbitrariedad puede provenir y tener su origen en cualquier actividad de un poder del Estado⁽¹⁰⁹⁾. No es que se niegue la función

(104) Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 45.

(105) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad"; en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 182. Críticamente en la doctrina nacional: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 98, 99 y 10.

(106) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 53.

(107) Cfr. TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. I, cit., p. 67.

(108) Cfr. ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 73.

(109) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 655 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad"; en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 178; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad*

de actuar de los poderes públicos, que se reconoce como legítima constitucionalmente y necesaria en el plano social y político; lo único que se prohíbe es la arbitrariedad en cualquiera de sus formas.

El alcance y el sentido del principio de interdicción de la arbitrariedad es distinto según se aplique a cada una de las actividades y funciones de cada uno de los poderes públicos. Se trata, en buena cuenta, de un principio modular que se adapta a cada una de las acciones y las circunstancias en las que se desarrolla el poder estatal.

Así, por ejemplo, el Poder Legislativo puede incurrir en actos arbitrarios al expedir normas en contra del interés general o del interés público, como cuando la ley infringe el principio de igualdad, afecta el contenido esencial del principio de proporcionalidad o viola el núcleo de un derecho fundamental, sin que haya razón que lo justifique o sustente⁽¹¹⁰⁾. Se habla aquí de *arbitrariedad legal*⁽¹¹¹⁾. Se recuerda que a veces la ley no tiene conexión con la justicia y responde solo a una simple medida técnica de la organización burocrática y que representa en muchos casos un instrumento de opresión y de perversión de los

administrativa, cit., p. 201; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 191; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, pp. 158 y ss.; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 52-84.

(110) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 191; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 359; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, cit., p. 97; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 638; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 46.

(111) Por todos, RADBRUCH, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", en: *El Hombre en el Derecho* [Trad. de Aníbal del Campo], Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 127 y ss.; del mismo autor, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª ed., 1959, p. 244 ha recordado que: "Una ordenación jurídica que solo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad".

ordenamientos jurídicos⁽¹¹²⁾. El hecho de que la ley sea general y en su emisión se haya respetado determinado procedimiento no quiere decir que por ello la ley sea justa⁽¹¹³⁾. Se requiere la incorporación de elementos materiales (v. gr. respeto a la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales).

La llamada y conocida libertad de configuración del legislador no es obstáculo para controlar su actividad y valorar si el contenido de las leyes guarda compatibilidad con la Constitución, peor aún si su labor ordenadora pueda afectar los derechos fundamentales⁽¹¹⁴⁾. En el Derecho Constitucional contemporáneo, la posibilidad de control de la actividad legislativa es un axioma cuya validez va más allá del predicamento de la soberanía del parlamento y del hecho de que la ley exprese la voluntad de la mayoría o, incluso, el consenso de las fuerzas políticas. Ni la soberanía del parlamento ni el principio de la mayoría como base del Estado Democrático puede derogar la posibilidad de fiscalización de la ley según el tamiz de respeto a los derechos huma-

(112) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, N° 30, p. 156: "estamos tomando más y más conciencia de que el más peligroso de los poderes arbitrarios es precisamente el del legislador mismo".

(113) Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 112: "La universalidad de una norma no garantiza que sea justa, según ha mostrado la polémica con el formalismo ético. Los principios de procedimiento, como tales, tampoco garantizan la rectitud de una norma"; sin embargo, como anota este mismo autor: "la exigencia de que la acción estatal se desenvuelva de acuerdo con leyes generales aparece como mandato de la razón, de la igualdad de trato, de la democracia y la seguridad jurídica (...) La realización de los actos del Estado según una norma general responde asimismo al principio de la igualdad de trato, puesto que la limitación de la libertad individual conforme a las leyes generales significa, por su propio carácter, una restricción igual para todos" (pp. 278 y 279).

(114) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 202; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 649 y 650; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, Lima, Grijley, 2011, p. 93: "La actividad legislativa está también sometida a límites constitucionales, y la validez de las normas jurídicas promulgadas supeditadas a la no vulneración de estos".

nos, los valores y preceptos constitucionales⁽¹¹⁵⁾. La pregunta no es si debe existir posibilidad de control de los actos legislativos, sino a quién corresponde ejercerlo⁽¹¹⁶⁾. Ello se debe a que la Constitución establece una serie de límites a la actividad legislativa que comprende lo siguiente: i) la fijación en la Constitución de las competencias y facultades de los órganos legislativos y en general de todos los poderes públicos; ii) las normas constitucionales establecen los procedimientos legislativos para la promulgación de la leyes, el número mínimo o calificado de votos necesarios para la aprobación de las leyes; iii)

(115) Como recuerda el TC peruano en la sentencia del Exp. N° 1680-2005-PA/TC, caso: Jorge Luis Borja Urbano, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tiene determinados límites a saber: “En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de setiembre de 2003 (Cfr. STC N° 0275-2005-PH/TC). En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional. Así se sostuvo en las STC N° 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos. Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cfr. STC Exp. N° 0014-2003-AI/TC y STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC)”.

(116) De modo semejante: LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 649.

la previsión de que el Tribunal Constitucional o, incluso, el Poder Judicial puedan declarar la inconstitucionalidad de las leyes o hacer el control correspondiente⁽¹¹⁷⁾. A diferencia de lo que ocurría en los albores del constitucionalismo, el control de validez constitucional de las disposiciones legales no solo comprende la verificación del debido procedimiento parlamentario, o los vicios de forma, sino también el análisis sustancial respecto a su compatibilidad con los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales⁽¹¹⁸⁾.

Sin embargo, se debe tener presente la observación planteada por el Tribunal Constitucional español en el sentido de que la arbitrariedad del legislador en la jurisdicción constitucional es distinta a la arbitrariedad de la Administración o del gobierno; de tal forma que no se puede extrapolar mecánicamente las categorías del Derecho administrativo al Derecho constitucional⁽¹¹⁹⁾; más aún si es distinta la posición en que se encuentra el legislador con relación a la Constitución que el gobierno, titular del poder reglamentario, con la ley⁽¹²⁰⁾. En efecto, la libertad que cuenta el legislador es mayor a la que tiene la jurisdicción y la propia administración. El legislador posee una discrecionalidad política que le permite elegir entre las distintas opciones posibles y solo posee como límite el respeto a la Constitución y al núcleo esencial de los derechos fundamentales⁽¹²¹⁾. En un Estado Constitucional, el carácter democrático del legislador posibilita partir del criterio de que las decisiones legislativas no solo cuentan con un marco de acción mayor, sino que arrastran a su favor una presunción de licitud y constitucionalidad. La legitimidad de las

(117) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 93.

(118) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 650.

(119) Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 267.

(120) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 66/1985. También: LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 649.

(121) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad"; en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 178; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 649.

leyes y de la actividad del parlamento proviene de la misma posición constitucional y del carácter marcadamente democrático de su origen y no de una justificación de sus decisiones. Por ello, es que algunas Cortes constitucionales (v. gr. Corte Constitucional de Colombia) exigen una carga argumentativa superior por parte del accionante cuando se alega la vulneración del derecho a la igualdad por parte del legislador; de tal manera que se debe acreditar que una regulación legal constituye realmente una transgresión de principios constitucionales como la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad⁽¹²²⁾.

2. Por su parte, el Poder Ejecutivo y en especial la Administración pública pueden incurrir en la comisión de actos arbitrarios⁽¹²³⁾, ya sea en relación con los administrados o en las relaciones internas

(122) La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia Sentencia C-635/12 del 15 de agosto de 2012 ha señalado que: “el juicio de posible violación del derecho de igualdad exige la carga argumentativa de definir y aplicar tres etapas: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (‘patrón de igualdad’ o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual”; y que: “para poder demostrar el exceso del legislador en uso de su libertad es indispensable precisar cómo, en un caso específico, una regulación diversa constituye realmente una transgresión de principios constitucionales como la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la proscripción de la arbitrariedad. En otras palabras, las demandas de inconstitucionalidad fundadas en la supuesta vulneración del principio de igualdad deben demostrar que al regular un aspecto puntual de la realidad jurídica, el legislador actuó de manera desproporcionada, irrazonable o decididamente discriminatoria”.

(123) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 638 y 645; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 183: “el principio de interdicción de la arbitrariedad se ha erigido en uno de los límites centrales de la discrecionalidad administrativa y en el pilar clave del control judicial de la misma”; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 52.

dentro de la misma administración, violando los valores y principios constitucionales básicos; v. gr. haciendo uso desviado y pernicioso de la potestad reglamentaria⁽¹²⁴⁾ o al momento de dictar cualquier acto administrativo⁽¹²⁵⁾. Se recuerda, hasta no hace mucho, que el reducto más firme del absolutismo es la administración⁽¹²⁶⁾.

Ello no quiere decir que todos y cada uno de los actos del Poder Ejecutivo pueda ser objeto de control, ya sea por la justicia contenciosa o por la justicia constitucional. Existen un conjunto de actos, como los que obedecen a un puro criterio político o de oportunidad, que escapan al control judicial⁽¹²⁷⁾. Sin embargo, la regla que cada vez se impone con mayor insistencia en la doctrina y en la jurisprudencia comparada es que todos los actos de los poderes públicos, entre los que se cuenta el Poder Ejecutivo, sean de carácter político o no, son pasibles de ser fiscalizados y controlados por los jueces sobre la base, claro está, de parámetros jurídicos, ya sean legales o constitucionales⁽¹²⁸⁾. En

(124) Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en: *Revista de Administración Pública*, N° 30, pp. 131 y ss.; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 647; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 201.

(125) Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, cit., p. 171; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 201.

(126) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 646.

(127) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, N° 30, cit., pp. 158 y ss. Sin embargo, hay quienes consideran que todo acto del Poder Ejecutivo se encuentra sometido a la posibilidad de control jurisdiccional: CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 203.

(128) Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 277; BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., p. 53; IGARTUA SALAVERÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control*

efecto, representaría un contrasentido que se exija una vinculación de la administración y, en general, de los poderes públicos, entre ellos el Ejecutivo, a la Constitución, la ley y al derecho y que se sostenga al mismo tiempo que dicha vinculación no pueda ser objeto de control alguno. Si hay una obligación de sujetarse a la Constitución debe haber como correlato y garantía la posibilidad de exigir que se revise si efectivamente los actos que suponen el cumplimiento de dicha obligación cumplen fielmente con dicho mandato⁽¹²⁹⁾. Sostener lo contrario no es otra cosa que negar la existencia misma de la jurisdicción y la esencia de un Estado de Derecho que tiene como uno de sus principios informadores al principio de control y responsabilidad de los poderes públicos. En todo caso, si bien puede aceptarse la discusión acerca de límites y sentido del control de la discrecionalidad política, dicho control no se excluye per se⁽¹³⁰⁾.

La legitimidad de las decisiones y los actos administrativos no dependen del carisma, de la tradición de la autoridad que ejercita el poder estatal⁽¹³¹⁾, sino que encuentra su basamento en el respeto al principio de legalidad y el efectivo servicio al interés público en cada caso concreto⁽¹³²⁾.

jurisdiccional, cit., p. 29. En la doctrina nacional: BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 12.

(129) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 647.

(130) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Contra las inmunidades del poder: Una lucha que debe continuar", en: *Revista española de derecho administrativo*, N° 93, 1997, pp. 5 y ss.; LOZANO, Blanca, "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado"; en: *Jueces para la democracia*, N° 29, 1997, p. 23; BACIGALUPO, Mariano, *la Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., p. 57.

(131) Ampliamente: WEBER, Max, *Sociología del poder* [Trad. de Joaquín Abellán], Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 2012, pp. 75, 94 y 121.

(132) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 179. Para una distinción entre legalidad y legitimidad: ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 111.

De manera específica, se reconoce que determinadas instancias del Poder Ejecutivo, como es la Policía Nacional, que depende del Ministerio del Interior pueden incurrir en actos arbitrarios; v. gr. la División de Estafas y otras Defraudaciones. El caso tratado por la justicia constitucional peruana se inició en una investigación preliminar que ejecutó la detención del demandante subrogando en la conducción de la misma al Ministerio Público. La Policía recibió la denuncia de parte y dispuso actos de investigación en contravención a lo dispuesto expresamente en el artículo 159°, inciso 4, de la Constitución que entre otras atribuciones del Ministerio Público, establece la de “Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”⁽¹³³⁾. La característica esencial de la administración no es resolver conflictos ni regular conductas, sino ejecutar los mandatos legales al amparo del interés público⁽¹³⁴⁾. Ello no quita, empero, que el gobierno y la administración deban actuar conforme a derecho, es decir, respetando la ley y la Constitución. Asimismo, debe cumplir y hacer cumplir las normas expedidas dentro del ámbito de su competencia⁽¹³⁵⁾.

3. La arbitrariedad en los actos del Poder Judicial normalmente aparece bajo el ropaje de la falta de motivación de las resoluciones

(133) Exp. N° 5490-2007-HC/TC, caso: Elvito Alimides Rodríguez Domínguez: “la cuestionada actuación policial quebrantó lo prescrito por la Ley N° 27934 (sobre Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito), que admite que la investigación preliminar sea actuada *ex officio* por la policía cuando la Fiscalía, por razones de carácter geográfico y otras, se encuentre impedida de asumir la dirección de la investigación (art. 1°), situación que no ha sido acreditada en el presente caso”.

(134) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 88 y 89: “Ejecutar la ley es en una palabra gobernar, y gobernar exige elegir qué necesidades se van a satisfacer con los recursos, siempre limitados, de que se dispone y a qué nivel de satisfacción se va a llegar en cada caso, decisiones ambas de carácter primariamente político, que el legislador debe, desde luego, enmarcar, pero que en absoluto debe pretender monopolizar”.

(135) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 32, 1998, p. 26.

judiciales⁽¹³⁶⁾ (ut infra) a lo que se puede añadir la violación de otros derechos fundamentales; v. gr. derecho de defensa, derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a guardar silencio y no auto-incriminarse⁽¹³⁷⁾. La discrecionalidad judicial también puede ser controlada⁽¹³⁸⁾. En efecto, quien controla también puede y debe ser controlado⁽¹³⁹⁾. La interdicción de la arbitrariedad no solo está referida a la administración, sino también a la actividad del Poder judicial⁽¹⁴⁰⁾. Debe tomarse en cuenta que las razones que puede esgrimir la administración en la motivación de una resolución es posible que tengan su fundamento en diversos intereses (v. gr. económicos; sociales, jurídicas, políticos, técnicos, etc.) o en la satisfacción de necesidades públicas⁽¹⁴¹⁾; en cambio, las resoluciones judiciales solo pueden fundarse en el derecho, esto es, en razones jurídicas y no de otra índole⁽¹⁴²⁾. La arbitrariedad judicial puede provenir tanto de

(136) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Del Control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", en: *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, enero-diciembre, 1983, p. 1086; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 232.

(137) Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, pp. 183 y ss.

(138) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Del Control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", en: *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, enero-diciembre, 1983, pp. 1088 y 1095; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 360; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 12 y ss.

(139) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 361.

(140) Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., p. 89.

(141) Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 43; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 203; del mismo autor, *La discrecionalidad administrativa*, cit., p. 7.

(142) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 233.

órganos monocráticos (basta la decisión de voluntad de una persona) como de órganos colegiados (la decisión es consecuencia de la voluntad de dos o más personas)⁽¹⁴³⁾.

El empleo del concepto de arbitrariedad arrastra una serie de actos e ideas muchas veces dispares y heterogéneas⁽¹⁴⁴⁾. En efecto, como supuestos emblemáticos de arbitrariedad pueden contarse las decisiones judiciales que se basan en afirmaciones retóricas y en las que falta la determinación adecuada de los hechos que sustentan la decisión, los casos en los que se llega a una decisión pese a no existir pruebas disponibles que puedan sustentar la posición asumida, la condena sobre la base de pruebas absolutamente insuficientes o la decisión que se asume en contra de las pruebas y evidencia actuada en el proceso. Un caso emblemático de arbitrariedad es la absoluta falta de justificación (motivación) racional de la decisión.

Asimismo, puede contarse como casos de arbitrariedad la adopción de ciertas y determinadas consecuencias jurídicas completamente desproporcionadas o que no guardan relación con la entidad, magnitud y relevancia jurídica de los hechos por lo que se afecta también al principio de razonabilidad⁽¹⁴⁵⁾, v. gr. imponer cadena perpetua por

(143) Al respecto, ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., pp. 98 y ss.

(144) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 363.

(145) La STC del Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo, señala que el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hecho: "a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto; b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en 'abstracto' de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un 'hecho' resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los 'antecedentes del servidor', como ordena la ley en este caso; c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso". También: Exp. N° 05195-

un hurto de gallinas; el separar de manera definitiva a un alumno de una universidad por haber fumado un cigarro de marihuana en sus instalaciones pese a que le faltaban once semanas para concluir la carrera, no tenía antecedentes de haber cometido en el pasado una falta semejante ni ninguna otra falta administrativa⁽¹⁴⁶⁾, había presentado un certificado toxicológico con resultado negativo⁽¹⁴⁷⁾; o cuando por

2008-PA/TC, caso: Edwin Antenor Rolando Pereyra; Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

(146) La relevancia de la ausencia de antecedentes disciplinarios negativos ha sido destacada también por el TC en la sentencia del Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, donde expresamente tuvo en cuenta para declarar fundada la demanda de amparo que “se observa que los demandantes desempeñaron una labor permanente e ininterrumpida durante 20 y 27 años, respectivamente, sin haber tenido problemas de carácter disciplinario”.

(147) STC del Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo: “este Colegio considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional (...) En el caso concreto, la Comisión Disciplinaria tenía la posibilidad de aplicar la sanción de amonestación, de suspensión o de separación de acuerdo con el artículo 66 del Reglamento. Sin embargo, al considerar que el consumo de drogas es una falta grave, la suspensión o amonestación no sería la medida adecuada puesto que mandaría un mensaje de flexibilidad o tolerancia frente a un problema social que es el consumo de drogas. De ahí que disponiendo de una serie de sanciones, se dispuso la separación definitiva del alumno. Cabe destacar que el examen toxicológico tomado por el demandante el 18 de julio de 2007 y presentado ante la Comisión Disciplinaria tuvo resultado negativo (fojas 10), por lo que al momento de los hechos se puede concluir que el consumo de dicha droga fue circunstancial y que este no presentaba síntomas de adicción o uso continuo de la misma. Si bien el consumo de drogas es una situación que no es promovida por el Estado, cabe destacar que la Comisión Disciplinaria decidió no considerar la situación particular del demandante y tampoco tomó en cuenta el examen toxicológico. Por otro lado, no consideró que el alumno se encontraba en el último semestre de la carrera y que una de las funciones de la universidad, sino la más decisiva, es la de formar a las personas. Para tomar esta decisión, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor sostuvieron que es deber de la Universidad hacer prevalecer el principio

un hecho sumamente grave se impone una sanción leve o insignificante⁽¹⁴⁸⁾. La violación manifiesta y grave del núcleo esencial de los derechos fundamentales por una autoridad, sin justificación alguna, debe también valorarse como un claro ejemplo de comportamiento arbitrario; v. gr. detención sin mandato expreso, escrito y motivado del juez⁽¹⁴⁹⁾, violación del domicilio sin que exista delito flagrante, interés público que lo justifique o sin que medie el consentimiento del titular del bien inmueble. También pueden contarse aquí los casos de la aplicación de la ley, dejando de lado el mandato constitucional de prohibición de retroactividad perjudicial a la posición jurídica del imputado.

de respeto y de disciplina en general (fojas 3), de ejercer la disciplina con rigurosidad (fojas 4) y de propiciar y garantizar el bienestar y el ambiente saludable de toda la comunidad universitaria (fojas 7)".

(148) Al respecto, ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 52: "la tarea de garantizar la paz y la seguridad jurídicas requiere que los titulares de funciones estatales (en el marco de sus competencias) afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia Con frecuencia, la tiranía irrumpe con mayor ímpetu en el vacío de poder, generalmente atraída por la necesidad de una mano poderosa que imponga orden (...) La disminución excesiva del poder del Estado prepara el terreno en el que se cultiva con facilidad un exceso del mismo poder. En otras palabras: se requiere la aplicación enérgica, pero controlada, del derecho estatal para cerrar el camino al tirano".

(149) Exp. N° 3194-2004-HC/TC, caso: Nicanor Carreño Castillo que declaró fundada una demanda de hábeas corpus contra la variación de un mandato de comparecencia por el de detención al considerar que la persona no habría querido prestar su declaración instructiva sin contar con abogado defensor y porque a su coprocesado se le había impuesto también mandato de detención. El tenor de la resolución de la jurisdicción militar fue el siguiente: "Vistos; estando la razón del Secretario cursor, por la que informa que el Oficial de Mar Tercero Maniobrista no desea rendir su declaración instructiva sin la presencia de su abogado defensor de elección, asimismo tiene conocimiento que se ha resuelto dictar orden de detención definitiva contra el Técnico Tercero Electricista César Espinoza Miranda, en consecuencia: a efectos de cautelar la correcta administración de justicia". Por esta razón, el TC peruano consideró que: "no puede permitirse que el mandato de detención emitido sea contrario a las reglas judiciales de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, más aún si una norma como esta exige que la disquisición jurídica del juez sea coherente con los hechos y el derecho con respecto a lo que se está resolviendo".

4. Un sector de la doctrina española estima que el principio de interdicción de arbitrariedad tiene una aplicación *residual o subsidiaria* en el control de las resoluciones (judiciales o administrativas), en el control de las leyes, en el ejercicio de la potestad reglamentaria o en la expedición de actos administrativos⁽¹⁵⁰⁾. Se considera que su empleo solo está justificado si no es posible utilizar en el caso concreto otra clase de principios y derechos fundamentales⁽¹⁵¹⁾; v. gr. el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el principio de proporcionalidad, etc. Incluso, se sostiene que este principio solo tiene un papel limitado y que actúa solo como un cajón de sastre en el que se agrupan las violaciones más groseras y graves a otros principios. En efecto, se considera que la interdicción de arbitrariedad es un principio de una gran extensión, pero de escasa intensidad⁽¹⁵²⁾ en la que se pueden aglutinar las violaciones más graves a los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad⁽¹⁵³⁾.

d) La interdicción de arbitrariedad y la exigencia de control jurisdiccional de la actividad estatal

1. Por el principio de interdicción de arbitrariedad todo poder público, todo funcionario público se encuentra sometido a la vigencia de la ley, el derecho y a los principios y valores del ordenamiento jurídico. Toda autoridad en tanto respeta la Constitución y la ley debe erradicar de su actuación la comisión de actos arbitrarios y tiránicos. La máxima que debe presidir la actividad de los poderes públicos es el principio de proscripción de la arbitrariedad.

El principio de interdicción de arbitrariedad reclama la configuración y activación de un conjunto de mecanismos tendientes a controlar la actuación de los diversos poderes públicos y la actividad de las

(150) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 363.

(151) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 262; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 363.

(152) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 364; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 263.

(153) Por todos, ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 263; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 364.

diversas autoridades⁽¹⁵⁴⁾ con el fin de racionalizar el poder estatal⁽¹⁵⁵⁾. La vigencia y efectividad del principio exige por lo menos la existencia de controles jurídicos y normativos a la ingente actividad estatal. Se trata, en suma, como señala García de Enterría de “*un control en justicia de los poderes públicos desbocados*”⁽¹⁵⁶⁾.

2. Un Estado Constitucional es un Estado con poderes limitados y controlados⁽¹⁵⁷⁾ en el que no hay potestades sin límites⁽¹⁵⁸⁾ y donde el monopolio de la coacción estatal debe ser utilizado dentro de ciertos parámetros, tanto constitucionales como legales. La historia del Derecho Público se caracteriza por una lucha permanente por racionalizar, reducir y limitar el poder, sometiénolo a criterios jurídicos y a parámetros de racionalidad⁽¹⁵⁹⁾. El control del arbitrio o la discrecionalidad no quiere decir que se niegue su ejercicio, sino más bien que se repudia su ejercicio indebido⁽¹⁶⁰⁾.

La vigencia y efectividad del principio de interdicción de arbitrariedad en un Estado Constitucional termina potenciando y maximizando el ejercicio de la jurisdicción como mecanismo de solución de controversias y de limitación a la actividad estatal. La conducta de los sujetos de derecho es guiada y coordinada por disposiciones jurídicas que poseen la probabilidad cierta de ser aplicada en un procedimiento

(154) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 203; del mismo autor, *La discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 2 y 12.

(155) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2004, p. 15.

(156) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota, en: *Revista de Administración Pública*, N° 124, p. 213.

(157) Cfr. HÁRO, Ricardo, *Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional*, cit., p. 5; LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, cit., p. 108.

(158) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 375; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 93.

(159) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 16.

(160) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 375.

coactivo jurídicamente organizado. Dicha probabilidad es garantizada por una pluralidad de instituciones estatales (Ministerio Público, Poder Judicial, autoridades administrativas) que se organizan sobre una distribución del trabajo en el que cumplen roles específicos y en el que se controlan recíprocamente⁽¹⁶¹⁾. Aquí cobra un protagonismo especial la figura del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en la medida en que tanto en la vía ordinaria como en la jurisdicción constitucional se protegen las posiciones jurídicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos. El poder estatal se limita en ambos contextos. Cuando no existe control jurisdiccional en determinadas materias, o dicho control es muy limitado, se genera un campo de cultivo para la arbitrariedad⁽¹⁶²⁾. Sin embargo, debe prevenirse que el potenciamiento en el ejercicio de la potestad jurisdiccional conduce a la postre a entender que el principio de interdicción de arbitrariedad promueve un activismo judicial desmesurado. El ejercicio de la jurisdicción no debe llevar a cometer abusos, excesos y a asumir un papel tan desbordante como innecesario que finalmente termina en la ejecución judicial de actos arbitrarios.

3. La posibilidad de control de los actos estatales, bien que se originen en el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, no solo deriva, empero, del principio de interdicción de arbitrariedad, sino de la vigencia de la garantía de la administración de justicia referida a la tutela judicial efectiva⁽¹⁶³⁾ (art. 139° inc. 3), en especial a su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción. En efecto, si en un

(161) Por todos, ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 48: "el orden jurídico forma un sistema encadenado de regulación y control, cuyos elementos se apuntalan y apoyan entre sí como la malla de un tejido, esto convierte a sus normas en *derecho garantizado*. En suma, existe una estructura de normas y medios de coacción, entrelazados y afianzados entre sí".

(162) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 260.

(163) Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., pp. 221 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 203.

Estado Constitucional se veta la posibilidad de fiscalizar y realizar el control (formal y material) de los actos de determinados órganos, se coloca al ciudadano a la merced del poder y no se le protege de la pura voluntad del funcionario público⁽¹⁶⁴⁾. El derecho a cuestionar la validez de ciertos actos estatales representa el ejercicio del derecho de petición, del derecho a contar con un recurso sencillo y rápido, y de la tutela judicial efectiva.

4. En un Estado Constitucional, no existen zonas exentas de control jurídico (o zonas de indefensión⁽¹⁶⁵⁾), ya sea legal o constitucional⁽¹⁶⁶⁾, en la que pueda autorizarse la comisión de actos arbitrarios. La interdicción de la arbitrariedad busca erradicar todo espacio libre de control constitucional⁽¹⁶⁷⁾. En efecto, no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta en donde impera la realización de puros actos y decisiones basadas exclusivamente en la voluntad funcional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial o inmunidad⁽¹⁶⁸⁾ a determinadas actuaciones de ciertos organismos⁽¹⁶⁹⁾. Ningún poder o autoridad puede escapar al efecto irradiante de la Constitución y la ley.

Si bien los actos de la administración y en general de los diversos órganos estatales se encuentran amparados por la *presunción de licitud*⁽¹⁷⁰⁾ es posible que luego de examinado el caso concreto y sus

(164) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 102.

(165) Véase, la STC. Exp. N° 2409-2002-AA/TC, caso: Diodoro Antonio Gonzales Ríos.

(166) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 202. Véase, la STC Exp. N° 0009-2007-PI/TC; 0010-2007-PI/TC (acumulados).

(167) Exp. N° 01589-2010-PA/TC, caso: Antonia Flores Ordóñez.

(168) Véase, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 102; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 163.

(169) Véase, la STC Exp. N° 2366-2003-AA/TC, caso: Juan Genaro Espino Espino.

(170) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 101 y 102: "La presunción de legalidad de los actos

particulares circunstancias pueda demostrarse el proceder arbitrario del ente estatal, ya sea por infringir los mandatos legales, los principios o valores constitucionales, por carecer de razonabilidad jurídica o por no estar simplemente justificados⁽¹⁷¹⁾. En todo caso, debe quedar claro que la presunción de legalidad o de licitud de determinados actos no quiere decir que se exima a los poderes públicos de justificar su decisión y de respetar los principios y valores constitucionales básicos o que se genere una carga probatoria diabólica, insoportable y extrema sobre el ciudadano en beneficio de la administración⁽¹⁷²⁾.

5. El principio de control constituye un elemento esencial e irrenunciable de un Estado de Derecho⁽¹⁷³⁾. La idea de control es un ele-

administrativos responde, como es notorio, a una finalidad fundamental: asegurar la ejecutividad de estos y evitar el riesgo de que la simple oposición de un particular pueda paralizar los efectos de la acción administrativa dejando esta, en consecuencia, al arbitrio de aquel". La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley N° 27785 23/07/2002) regula la presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes. Dicho principio ha sido reconocido expresamente por el TC peruano en la STC recaída en el Exp. N° 1182-2005-PA/TC, caso: Carol Luz Sáenz Lumbreras donde expresamente se señala que: "Los principios que orientan la potestad sancionadora regulan las facultades de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a imponerse a los administrados. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida –adicionalmente– por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, presunción de licitud, entre otros"; Exp. N° 3741-2004-AA/TC, caso: Ramón Hernando Salazar Yarleque: "Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible". También Exp. N° 01514-2010-PA/TC, caso: Richard Javier Vargas Visa.

(171) Cfr. la STC del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Calleghari Herazo.

(172) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 101.

(173) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 354 quien alude aquí al *principio de controlabilidad*. De manera general sobre el

mento inseparable de la democracia⁽¹⁷⁴⁾ y de la Constitución, más aún si a esta se la concibe como un instrumento de limitación del poder⁽¹⁷⁵⁾. El control no solo forma parte de un concepto político de Constitución, sino que se trata también de un concepto jurídico. Las nociones de control y Constitución se encuentran indisolublemente entrelazadas⁽¹⁷⁶⁾. En un Estado Constitucional, todos los medios de control –al margen de su clase y naturaleza– están destinados y responden a un solo objetivo: el fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos⁽¹⁷⁷⁾. En efecto,

principio de control: ARAGÓN REYES, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 15 y ss.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 102; GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”; en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 164.

(174) Cfr. HAYEK, Friedrich, “La Pérdida del ideal democrático”, en: *Estudios Públicos*, cit., p. 15; ARAGÓN REYES, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N° 24, septiembre-diciembre de 1988, p. 37: “También el principio democrático obliga a considerar el control como punto de conexión entre las garantías materiales y procesales de la democracia que la Constitución establece y, en consecuencia, entender que el control es elemento inseparable del concepto de Constitución”. De manera general sobre la democracia: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, en: *Isonomía*, N° 12, abril 2000, pp. 7 y ss.

(175) Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, “La Problemática de la Justicia Constitucional”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, cit., p. 229.

(176) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 16 y ss.

(177) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, mayo-agosto de 1986, pp. 85 y ss., quien citando a Ely, señala que: “el control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría”; GRANADO HIJELMO, Ignacio, “La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos”, en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 158.

solo el poder absoluto puede ser arbitrario y es capaz de sustraerse a cualquier control⁽¹⁷⁸⁾.

La legitimidad de la jurisdicción está vinculada a la existencia de controles organizativos, procesales, epistemológicos y sociales⁽¹⁷⁹⁾. Como señala ARAGÓN REYES: "*No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles*"⁽¹⁸⁰⁾. Los controles y los límites al poder pueden ser controles institucionalizados (políticos y jurídicos) y controles no institucionalizados que por lo común son generales y difusos, y que se manifiestan a través de la opinión pública e, incluso, por medios no públicos de presión⁽¹⁸¹⁾.

Uno de los problemas que se discute en el ámbito del control de la arbitrariedad estatal, especialmente administrativa, es si la arbitrariedad debe ser manifiesta o no para que se activen los mecanismos de tutela. Más allá de que el problema no puede solucionarse del todo, brindando una regla general, se destaca que en muchas ocasiones una decisión antojadiza o caprichosa puede tener una mínima justificación o una base objetiva, de tal manera que se hace muy difícil el precisar el límite entre un acto arbitrario y una decisión justificada, pero no de modo suficiente o adecuado. Asimismo, se resalta que la noción

(178) Cfr. TARUFFO, Michele, "Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, cit., p. 195: "En el Estado moderno el poder que los jueces ejercen debe someterse a controles, precisamente para no ser absoluto ni arbitrario"; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, cit., p. 239.

(179) Por todos, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, 1993, p. 4.

(180) ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 36 y 52: "Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente, que no hay Constitución".

(181) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., p. 95.

de arbitrariedad manifiesta encierra indiscutiblemente una alta dosis de relatividad y subjetividad⁽¹⁸²⁾.

e) Arbitrariedad y discrecionalidad⁽¹⁸³⁾

1. El principio de proscripción de la arbitrariedad no implica que en un Estado Constitucional se excluya y se repudie a la discrecionalidad de la administración o, en general, el arbitrio de los jueces y funcionarios públicos en los procesos decisionales y en el desarrollo de su actividad.

La discrecionalidad supone una libertad sujeta a límites normativos para elegir entre dos o más alternativas posibles tomando en cuenta la norma aplicable⁽¹⁸⁴⁾, los hechos y los intereses públicos prevalecientes.

(182) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 260.

(183) Al respecto, véase ampliamente: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., pp. 13, 28, 35, 77 y ss.; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp. 151 y ss.; LINFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en: *Doxa*, N° 25, 2002, pp. 413 y ss.; AÑÓN, María José, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: *Doxa*, N° 15 y 16, 1994, p. 897 y ss.; RUIZ RUIZ, Ramón, "Sobre la discrecionalidad en un Estado Constitucional", en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp. 120 y ss. En el campo administrativo: BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., pp. 15 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 180; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., pp. 4 y ss.; MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, p. 1985; MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, "Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano", en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 2, Primer Semestre 2009, p. 164; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., pp. 125 y ss.

(184) Ampliamente, ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, cit., p. 296; BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*,

El juez y el órgano administrativo tienen márgenes para elegir entre las distintas soluciones posibles o entre los distintos alcances en la solución de un caso⁽¹⁸⁵⁾. La discrecionalidad es una competencia normativa que no supone la ausencia de norma, sino una delegación o concesión legal⁽¹⁸⁶⁾ a fin de que el intérprete concrete el supuesto de hecho inacabado o incompleto fijado en la norma. Se trata en buena cuenta de una habilitación para completar o integrar en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto de una norma legal⁽¹⁸⁷⁾. Por ello, la discrecionalidad es una delegación que la norma hace a favor de una autoridad determinada a fin de que sea esta, dentro de ciertos límites expresos o implícitos, la que determine el contenido de la norma y su aplicación al caso concreto⁽¹⁸⁸⁾. En la actividad discrecional no existe

cit., pp. 107 y ss.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 25; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 36. El Diccionario de la Real Academia Española entiende por discrecional: "i) Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas; ii) Que se hace libre y prudencialmente".

(185) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, p. 151; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., pp. 36 y 45: "hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas (...) el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos alternativas: una opción (entre varias soluciones realmente posibles) y razonable (en un marco socio-cultural determinado)".

(186) Cfr. GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 53; BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 12: "la discrecionalidad no surge del silencio del legislador ni de la indeterminación normativa, sino que es producto de una remisión expresa del legislador al atribuir la potestad".

(187) Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *la Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., pp. 191 y ss.

(188) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 64 y 68, quien destaca: "la obligación de la autoridad en cuestión de respetar las instrucciones, indicaciones o criterios que la norma habilitante y el sistema o subsistema del que forma parte puedan establecer para pautar la decisión; esto es, para concretar la regla del caso y, en segundo lugar, y como

ni completa libertad ni total determinación de la solución del caso por parte de la norma legal, sino que se le deja al órgano (judicial o administrativo) un razonable espacio de juego para que escoja entre las diversas alternativas de solución de un caso⁽¹⁸⁹⁾. No estamos por tanto ante un poder absoluto, sino limitado⁽¹⁹⁰⁾.

Un sector de la doctrina prefiere sustituir el término discrecional por el de *arbitrio* debido a la carga peyorativa del primero y al deseo de marcar distancia de la llamada discrecionalidad de los gobernantes⁽¹⁹¹⁾.

2. Desde el punto de vista estructural, la discrecionalidad se explica por diversos factores⁽¹⁹²⁾ como la naturaleza del lenguaje normativo y del lenguaje natural que encierran una indiscutible vaguedad, porosidad y ambigüedad que no hace posible una sola interpretación de la norma. Ambos cuentan con una zona en la que se discute si determinados casos pueden ser o no comprendidos por el alcance del precepto. Por otro lado, son las normas a veces las que de manera expresa e intencional conceden ámbitos decisorios amplios a fin de que el juez resuelva la controversia, encuentre la solución justa o imponga determinadas consecuencias jurídicas con base en criterios equitativos o según las circunstancias del caso concreto⁽¹⁹³⁾. Asimismo, la discrecionalidad se

consecuencia de lo anterior, el deber de la autoridad habilitada de rendir cuentas del poder recibido, obligaciones ambas sin las cuales no estaríamos en presencia de una delegación, sino de una cesión pura y simple del poder, que es una cosa distinta"; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 246: "la discrecionalidad es un atributo predicable del proceso de decisión judicial cuando el ordenamiento así lo permite".

(189) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, p. 152.

(190) Cfr. ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, Lima, Ara-Ubijus, 2ª ed., 2006, p. 406.

(191) Por todos, NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 369; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 26; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 160.

(192) Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 217.

(193) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, p. 152.

potencia en las sociedades post industriales debido a que hay una clara dispersión del poder en la toma de decisiones⁽¹⁹⁴⁾; de tal manera que para dinamizar la vida social deben acudirse a criterios discrecionales.

3. La discrecionalidad en un Estado de Derecho, sobre todo en el campo del derecho administrativo, responde a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal⁽¹⁹⁵⁾.

La discrecionalidad administrativa puede ser enfocada desde tres perspectivas: la estructural, la textual y la estratégica⁽¹⁹⁶⁾. Desde el punto de vista estructural, existe discrecionalidad cuando en un supuesto de hecho la norma jurídica no prescribe una determinada consecuencia jurídica y delega en la administración el fijar la regla de su propia actuación. Desde la perspectiva textual, la discrecionalidad se presenta cuando la disposición normativa utiliza expresiones y fórmulas como el “*tiene facultad*”, “*podrá*”, que reflejan la facultad amplia de elegir entre varias opciones. Por su parte, desde el punto de vista estratégico, la discrecionalidad concurre en aquellos casos en los que las normas establecen y fijan determinados fines, pero no especifican los medios para alcanzar y conseguir dichos objetivos.

Se debe tener cuidado en no confundir la arbitrariedad con la discrecionalidad⁽¹⁹⁷⁾, toda vez que mientras la primera se encuentra

(194) Cfr. AÑÓN, María José, “Notas sobre la discrecionalidad y legitimación, en: *Doxa*, N° 15 y 16, 1994, p. 899.

(195) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo: “La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento”.

(196) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., pp. 35 y ss.

(197) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 196; GARCÍA AMADO, Juan Antonio,

proscrita en un Estado Constitucional; la segunda goza de reconocimiento y protección constitucional y legal. Algunos consideran que se trata de conceptos antagónicos⁽¹⁹⁸⁾.

El problema de la discrecionalidad no es su existencia⁽¹⁹⁹⁾, sino sus límites⁽²⁰⁰⁾. Mientras lo arbitrario carece de justificación, es algo que no tiene sustento, base objetiva ni se apoya en principio, norma

¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, p. 152; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 217; DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 180; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 95 y 97, para quien el poder discrecional es "un poder funcional, es decir, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para lo que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la ley y al derecho". Luego señala que "todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de este" (p. 144). El mismo autor en otra obra señala lo que sigue: "Todo poder público es, por definición, un poder fiduciario, funcional que se otorga a un órgano o autoridad no en su propio interés, sino en consideración a los intereses de otros y, en general, a los intereses de la comunidad en su conjunto, a la que aquel órgano o autoridad debe dar cuenta, por lo tanto, de un modo o de otro" Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 121; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 255; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 246: "La discrecionalidad a diferencia de la arbitrariedad es un proceder racional que permite al juez fundamentar su decisión utilizando como criterios de racionalidad tanto los recibidos por las leyes como los que no están expresamente recogidos en las disposiciones legales".

(198) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 95.

(199) Sin embargo, hay corrientes del pensamiento jurídico que la rechazan o la niegan, véase el recuento efectuado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp. 153-168.

(200) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 361; BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., p. 105.

o regla alguna⁽²⁰¹⁾; lo discrecional posee como ámbito legítimo todo aquello que tiene fundamentación racional⁽²⁰²⁾, aunque la misma pueda ser discutible, no genere consenso o sea pasible de merecer críticas por desechar o no adoptar soluciones mejores⁽²⁰³⁾. La discrecionalidad, judicial o administrativa, no es censurable o mala, como si se debiera erradicar del ordenamiento jurídico; muy por el contrario, es necesaria e, incluso, inevitable⁽²⁰⁴⁾.

La discrecionalidad es compatible con la interdicción de la arbitrariedad en la medida en que los actos y decisiones se realicen con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad. La discrecionalidad que encuentra legitimidad constitucional es la que se realiza sin vulnerar el derecho⁽²⁰⁵⁾. De allí que se trata de una discrecionalidad jurídicamente vinculada o sujeta a la ley y a la Constitución⁽²⁰⁶⁾.

La aplicación de la ley, en sentido material, a un caso o a un conjunto de hipótesis fácticas requiere no solo un adecuado proceso de subsunción y el empleo de criterios valorativos, sino el despliegue de un conjunto de operaciones complejas interpretativas de concreción de la ley. La precisión del significado y del sentido de una norma legal no es una tarea mecánica, simple o una actividad puramente lógica. Se trata de una actividad valorativa en la que el intérprete elige uno de los

(201) Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 216.

(202) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 162.

(203) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 144 y 227; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 256.

(204) Cfr. ANÓN, María José, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: *Doxa*, N° 15 y 16, 1994, p. 901; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, p. 153; RUIZ RUIZ, Ramón, "Sobre la discrecionalidad en un Estado Constitucional", en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, p. 120.

(205) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, p. 151.

(206) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 111.

varios sentidos de la norma y en el que existe un espacio de actuación (libertad) determinado; de tal manera que tanto en la interpretación o justificación racional de una decisión no es posible eliminar una zona de libertad o de discrecionalidad razonada del intérprete o del órgano decisor. La mayor laxitud de la norma y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados legales generan como regla un campo de acción sumamente amplio para la ejecución de los actos discrecionales⁽²⁰⁷⁾.

4. En este campo se sostiene la regla de que a mayor libertad que tenga el juez y la administración para elegir y actuar, más adecuada, precisa y rigurosa debe ser la fundamentación de la resolución⁽²⁰⁸⁾. No es amparable desde el punto de vista jurídico constitucional que la sola invocación de ciertas facultades discrecionales suponga la existencia de una autorización para no motivar o justificar la decisión⁽²⁰⁹⁾. La discrecionalidad, administrativa o judicial, no es una patente de corso que libera al funcionario de la obligación de motivar sus actos y decisiones. De igual manera, el acudir a criterios de equidad o de la justicia del caso tampoco libera a quien se ampare en dichas categorías del deber inderogable de justificar sus decisiones⁽²¹⁰⁾. La referencia a

(207) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 261, quien recuerda, sin embargo, que la indeterminación y la imprecisión normativa no equivale siempre a la discrecionalidad.

(208) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 178 y 100: "la Administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre varias posibles, libertad que es suya y solo suya, pero, como esa libertad no es ni puede ser total supuesto que el poder que le otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la ley se hace en consideración de interés que no son propios del órgano competente para ejercitarlos, este debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena".

(209) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 247.

(210) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 104 y 119: "la discrecionalidad, administrativa o judicial, no puede con toda evidencia justificarse a sí misma en su ejercicio con la mera afirmación de su reconocimiento por la ley que en cada caso lo otorga".

los valores superiores del ordenamiento jurídico como la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica y la equidad no deben llevar a pensar que es el ingreso a un terreno ignoto y una zona desconocida en la que prima la más absoluta e ilimitada facultad. También este ámbito rige la obligación de motivar las resoluciones judiciales o administrativas.

La discrecionalidad solo encuentra legitimidad y cobertura constitucional cuando su ejercicio va acompañado de manera proporcional y adecuada del cumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales⁽²¹¹⁾. Discrecionalidad sin motivación es arbitrariedad. Solo el uso de la discrecionalidad a través de la correspondiente justificación de las decisiones (judiciales o administrativas) puede encontrar respaldo en el ordenamiento jurídico. La discrecionalidad nace en la ley, pero su ejercicio y control exige el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones estatales.

En realidad, lo que se objeta en un Estado Constitucional no es la discrecionalidad (administrativa o judicial), sino el abuso de la discrecionalidad que cuando no se basa en criterios razonables, normativos, en principios o valores constitucionales termina desembocando en la ejecución de actos arbitrarios.

Sin embargo, debe destacarse que cierto sector de la teoría del derecho considera que no existe la discrecionalidad como tal y que los jueces pueden llegar a expedir una respuesta correcta, siempre que dispusiera de la máxima información profesional, la adecuada formación y de un tiempo necesario para fallar⁽²¹²⁾.

5. Un límite claro a la discrecionalidad administrativa lo representa el principio de razonabilidad⁽²¹³⁾ que encuentra acogida en nuestro

(211) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 247.

(212) Por todos, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [Trad. De M. Guastavino], Barcelona, Ariel, 1989, pp. 176 y ss.

(213) Véase, HARO, Ricardo, "La Razonabilidad y las Funciones de Control", en: *Ius et Praxis*, Año 7, Nº 2, 2001, pp. 179 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 41; CASSAGNE, Juan

ordenamiento jurídico en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General de Procedimiento Administrativo en cuyo extremo 1.4. se regula expresamente que: “*Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido*”. La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado⁽²¹⁴⁾.

Por su parte, la irrazonabilidad implica una actuación injusta que afecta el núcleo del valor justicia o una actividad contraria a la razón, que es contradictoria con ciertos presupuestos o que es absurda en el plano lógico⁽²¹⁵⁾. La falta de coherencia, ya sea interna o externa, de una resolución judicial o un acto administrativo puede terminar afectando la vigencia del principio de razonabilidad.

Según el TC peruano, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad; lo cual implica encontrar justificación

Carlos, *La discrecionalidad administrativa*, cit., p. 19; SAPAG, Mariano, “El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado. Un Estudio comparado”, en: *Dikaion*, V. 22, N° 17, 2008, p. 157; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 402; CIURO ALADANI, Miguel Ángel, *Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el derecho privado desde la comprensión de la decisión y de la estrategia*, cit., pp. 9 y ss.

(214) Cfr. ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, en: *Doxa*, N° 4, 1987, p. 189; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 403.

(215) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 196; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 403.

lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos⁽²¹⁶⁾. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o cuando se despoja de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos⁽²¹⁷⁾. El principio de razonabilidad excluye la arbitrariedad⁽²¹⁸⁾. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso⁽²¹⁹⁾. El ejercicio del poder discrecional para que este no se convierta en arbitrario, debe guiarse por criterios de razonabilidad y justificar en cada supuesto su actuación⁽²²⁰⁾. La problemática del principio de razonabilidad se relaciona con la búsqueda y realización del principio de razón suficiente en la actividad estatal, en especial en la actuación de los funcionarios públicos⁽²²¹⁾.

Se considera que el principio de razonabilidad tiene una estructura y alcance más amplio y que, incluso, abarca otros principios sustanciales de un Estado Constitucional como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad⁽²²²⁾. Por su parte, el TC peruano ha señalado que si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede

(216) Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo; Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanese Espinoza Soria; Exp. N° 3151-2006-AA/TC, caso: Carlos Tello Holgado y otra; Exp. N° 3151-2006-AA/TC, caso: Carlos Tello Holgado y otra; Exp. N° 03515-2010-PA/TC, caso: Justo Clodomiro Caparo Zamalloa.

(217) Exp. N° 0006-2003-AI/TC, caso: 65 Congresistas de la República.

(218) Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 402.

(219) Cfr. la STC del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo.

(220) Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanese Espinoza Soria.

(221) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 201.

(222) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 202.

establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en cuanto una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁽²²³⁾.

6. La discrecionalidad no depende del órgano o la autoridad que debe resolver o de la calidad o condición del mismo, sino de la naturaleza y estructura de las normas ya sean constitucionales, legales o reglamentarias que la determinan⁽²²⁴⁾; la misma que establece el fin de la regulación de cada norma, la cual varía de un caso a otro.

Se distingue entre una *discrecionalidad de actuación*, por la cual se permite elegir entre actuar y no actuar; y una *discrecionalidad de elección* por la cual se autoriza elegir una solución entre varias alternativas⁽²²⁵⁾.

En la doctrina se distingue también entre una discrecionalidad en sentido fuerte y una discrecionalidad en sentido débil o regulada. La primera se caracteriza porque el juez es completamente libre para elegir su propia decisión dentro de un espectro de posibilidades bastante amplias y teóricamente ilimitadas, debiendo solo tener en cuenta las particularidades del caso concreto⁽²²⁶⁾. Esta clase de discrecionalidad no puede ser racionalizada utilizando alguna herramienta o marco lógico, dado que el juez tiene la facultad de resolver valorando úni-

(223) Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

(224) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 56 y 58; BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, cit., pp. 191 y ss.

(225) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *La discrecionalidad administrativa*, cit., p. 19.

(226) Cfr. ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 402.

camente las propiedades relevantes del caso. Es libre para adoptar las premisas externas y los parámetros de decisión. No es posible que se plantee la imposición de una regla, principio, o un procedimiento de elección de la decisión, porque de ser así se transformaría en una discrecionalidad débil. Solo se exige que el juez justifique *ex post* su decisión y demuestre en todo caso que la misma es razonable y válida respecto a las premisas que eligió; v. gr. valores morales o políticos⁽²²⁷⁾.

Por su parte, la segunda se presenta cuando el juez es relativamente libre para elegir su decisión, pero dentro de un espectro limitado de alternativas o cuenta con determinados límites, máximos o mínimos, establecidos en el ordenamiento jurídico. En esta clase de discrecionalidad, hay una posibilidad de racionalización *ex ante* de las posibilidades de elección y de decisión. Existen una serie de criterios y parámetros previos que determinan por lo menos el límite de la decisión a seguir y los parámetros sobre los cuales el juez puede elegir. Hay un conjunto de prescripciones que deben respetarse y de alternativas posibles que deben asumirse⁽²²⁸⁾.

7. El TC peruano ha recordado que la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. *La discrecionalidad mayor* es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. *La discrecionalidad intermedia* es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

(227) In extenso: TARUFFO, Michele, "Decisiones Judiciales e inteligencia artificial", en: *Páginas Sobre justicia civil*, cit., pp. 391 y ss.

(228) *Ibíd.*, p. 392.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley⁽²²⁹⁾.

La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, distinguen diversas clases de discrecionalidad según el objeto de la misma⁽²³⁰⁾. Así, por ejemplo se distingue entre la *discrecionalidad normativa*⁽²³¹⁾, la *discrecionalidad planificadora*⁽²³²⁾, la *discrecionalidad política*⁽²³³⁾ y la *discrecionalidad técnica*⁽²³⁴⁾.

(229) Por todos, véase la STC del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Calleghari Herazo.

(230) Véase, la STC del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Calleghari Herazo.

(231) Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

(232) Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

(233) Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que esta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc. Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

(234) Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico; véase:

8. La valoración de la prueba –en contra de lo que pudiera pensarse– no se rige por los criterios de la *discrecionalidad fuerte* (judicial o administrativa) pese a que la jurisprudencia peruana y comparada e, incluso, un mayoritario sector doctrinal, considera que este ámbito es un caso paradigmático de discrecionalidad en la que el juez puede ponderar como quiera y a su antojo la prueba actuada. Es común la afirmación de que los jueces tienen una facultad soberana, omnímoda en la valoración de la prueba y que no están sometidos más allá a su criterio de conciencia y a su íntima convicción. Se equipara el principio de libertad probatoria –que tiene un contenido particular– con el criterio de valoración discrecional de la prueba.

Se pasa por alto que si bien la valoración de la prueba en el proceso es una actividad compleja que requiere tomar en cuenta normas constitucionales y legales, dicha premisa no autoriza a sostener que el juez pueda elegir al momento de ponderar un material probatorio determinado, el tipo o clase de pruebas (de cargo o de descargo) en desmedro y en perjuicio de otras pruebas sin más apoyo que su libre arbitrio y su voluntad. Si una prueba ha sido admitida al proceso y ha pasado de manera exitosa el filtro de la pertinencia y utilidad, el juez se encuentra obligado jurídicamente a valorarla y a establecer el peso y la eficacia probatoria que le asigna. El magistrado no puede negarse a valorar la prueba que admite y actúa, como no puede ignorar, deliberada o negligentemente, la prueba actuada. La operación de

DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 194, para quien: “la noción de discrecionalidad técnica se utiliza para hacer referencia a aquellos supuestos en los que la norma remite a conceptos indeterminados para cuya integración es preciso acudir a criterios o juicios técnicos”; IGARTUA SALAVE-RRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., pp. 13 y 28, quien considera que: “a) es una actividad valorativa fundamentada en reglas de una ciencia, disciplina o arte; b) la cual se expresa en juicios que consienten un margen, aunque sea mínimo, de opinabilidad”.

Un sector calificado de la doctrina considera que la discrecionalidad técnica no existe como tal; lo que sí existe son decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas, véase, CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 208.

la valoración racional de la prueba no quiere decir que el juez puede preferir con entera libertad y total discrecionalidad cualquier versión de los hechos y cualquier medio probatorio que lo sustente, porque así lo considera o así lo quiere. El juez no goza de una libertad absoluta para elegir la versión de los hechos que se le antoje, haya o no prueba que la respalde, o para determinar si existe conexión objetiva entre los medios de prueba presentados y admitidos o para estimar, según su voluntad, si un hecho debe darse por probado o no⁽²³⁵⁾.

Aceptar un planteamiento como el descrito supone en buena cuenta sostener que en un Estado Constitucional las pruebas no tienen valor objetivo, sino que su valor depende de lo que los jueces quieren y dicen que valen, al margen de si las mismas existen o poseen un determinado peso probatorio. En suma, este criterio no hace más que asentar la más absoluta arbitrariedad en el campo de la valoración de la prueba, dejando de lado el hecho de que de la regulación constitucional y de los principios de un Estado de Derecho deriva la proscripción a la arbitrariedad estatal, la cual tiene una de sus manifestaciones más importantes en el campo de la valoración de la prueba.

Una cosa es que el juez goce de un margen de libertad para la valoración de la prueba y otra muy distinta a que se entienda que el juez posea una discrecionalidad total concebida como una facultad absoluta para elegir una solución cualquiera que sea, aun cuando posea un insuficiente valor probatorio⁽²³⁶⁾.

III. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD Y EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. La exigencia de motivación de las decisiones judiciales pretende hacer prevalecer el derecho como acto de razón y de reflexión, por encima a la de un simple acto de voluntad y de poder. Se trata de un instrumento

⁽²³⁵⁾ Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., pp. 92 y ss.; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 49.

⁽²³⁶⁾ Ampliamente, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 98.

que busca evitar la arbitrariedad del poder⁽²³⁷⁾. La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial, en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas en la decisión judicial⁽²³⁸⁾.

El fundamento del deber de motivar las resoluciones (judiciales y administrativas) reside en que los poderes públicos a nivel de todas sus instancias deben justificar sus decisiones y deben racionalizar el ejercicio de sus atribuciones, ya sea constitucionales o legales⁽²³⁹⁾. Como afirma Emilio DOLCINI: “La motivación es el instrumento predispuesto por la ley para el control democrático de un poder cuyo

(237) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., pp. 13, 47, 77, 87; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 3ª ed., p. 171; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, Ara Editores, 2001, p. 329. En el caso de las decisiones fiscales: ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima, Jurista Editores, 2007, pp. 224 y 233: “el deber de motivar constituye una vacuna imprescindible que previene la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley otorga a los fiscales para el cumplimiento de los fines de la institución”. Sin embargo, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 637, considera que los actos irregulares de la jurisdicción no son actos de arbitrariedad, sino pura y simplemente infracciones jurídicas.

(238) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 108, quien remarca que con la garantía de la motivación: “se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente”.

(239) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 264; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, p. 48; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 186; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 29; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 373.

titular es el pueblo⁽²⁴⁰⁾". Justificar y razonar las decisiones judiciales significa dar cuenta pública del poder que se tiene para arbitrar sobre los bienes de las personas y los derechos fundamentales a la vez que importa una racionalización de dicho poder en la medida en que este se explica dentro de los parámetros de la propia justificación y no fuera de ella⁽²⁴¹⁾. Como señala BERGHOLTZ: "Los jueces tienen que justificar su uso de poder, y la obligación de declarar las razones limita ese poder⁽²⁴²⁾", ya que la justificación racional de la acción del Estado es necesaria para evitar que el Estado sea la máscara de una tiranía⁽²⁴³⁾. Por ello, se afirma que la irrupción del deber de motivar las resoluciones judiciales es una garantía frente a la arbitrariedad⁽²⁴⁴⁾.

Una resolución judicial es arbitraria cuando no brinda alguna razón acerca del sustento del fallo, cuando las razones expuestas no se encuentran respaldadas por el ordenamiento jurídico (viola preceptos normativos; no encuentra sustento en norma o principio alguno, etc.) o contraviene las reglas elementales de la lógica⁽²⁴⁵⁾.

(240) DOLCINI, Emilio, *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala], p. 516; ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Milano, Giuffrè, 1990, T. II, p. 280.

(241) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 170, para quien la motivación: "constituye una exigencia del Estado de Derecho en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad".

(242) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en: *Doxa*, N° 8, p. 81: "Las razones constituyen una justificación del poder, y que el poder puede ser usado solo dentro de los límites de la justificación"; PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, cit., p. 240.

(243) Véase, MACCORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho", en: *Isegoría*, N° 21, p. 8.

(244) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía de Derecho, N° 12, 1992, p. 259; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 87.

(245) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, en: *Isegoría*, N° 35, p. 153; ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 373.

La motivación razonable y fundada en derecho constituye la principal garantía que materializa el principio de interdicción de la arbitrariedad⁽²⁴⁶⁾. Motivación e interdicción de arbitrariedad son caras de una misma moneda y se implican recíprocamente⁽²⁴⁷⁾. Al respecto, el TC peruano ha señalado que: “[e]l contenido constitucional del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que las resoluciones no obedezcan al mero arbitrio del órgano jurisdiccional que la expide, sino que se sustenten en el ordenamiento jurídico y en los hechos del caso”⁽²⁴⁸⁾. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha establecido: “Para una más adecuada decisión del caso enjuiciado, resulta oportuno recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable

(246) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 143; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 46; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*, cit., p. 270; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial*, cit., p. 373.

(247) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 51: “Reitero que la interdicción de la arbitrariedad y la obligatoriedad de motivar son el anverso y reverso de la misma medalla; una y otra se remiten recíprocamente. Para confirmar si ha habido o no arbitrariedad basta con examinar si la decisión discrecional está suficientemente motivada; y para calibrar si el acto en cuestión viene acompañado de motivación suficiente basta mirar si en ella se han dejado espacios abiertos a una eventual arbitrariedad. La no arbitrariedad y motivación forman, pues, pareja inseparable, y a donde va una le acompaña la otra”.

(248) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 9953-2006-PA/TC; Exp. N° 01089-2009-PA/TC, caso: Aleida Mercedes Santisteban Alan; Exp. N° 06358-2008-PHC/TC, caso: Azalea Esmeralda García Zegarra; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero, quien recuerda la importancia de la motivación en el ámbito administrativo al señalar: “Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”.

o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2)”⁽²⁴⁹⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del **CASO APITZ BARBERA Y OTROS VS. VENEZUELA** considera que: “El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. En dicha línea, la CIDH en la Sentencia del 1 de julio del 2011 recaída en el **Caso CHOCRÓN CHOCRÓN VS. VENEZUELA** ha sostenido que: “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”.

La motivación de las decisiones salvaguarda al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez que “garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”⁽²⁵⁰⁾. Como señala Tomás-Ramón Fernández: “Sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simple. Un

⁽²⁴⁹⁾ Continúa el Tribunal prescribiendo que: “Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2, 5/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2). En segundo lugar, la motivación debe estar fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, 119/1998, de 4 de junio, FJ 2)”.

⁽²⁵⁰⁾ STC Exp. N° 3943-2006-PA/TC; Exp. N° 03578-2011-PA/TC, caso: Graciela de Losada Marrou.

mero porque sí, o porque yo lo digo o porque yo así lo creo o lo siento no es una resolución fundada en derecho”⁽²⁵¹⁾.

El TC peruano ha establecido que: “El derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable”⁽²⁵²⁾; y que: “debe tenerse presente que en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional”⁽²⁵³⁾.

La Corte Suprema del Perú ha establecido que: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales es fundamental porque mediante ella las personas pueden saber si están adecuadamente juzgadas o si se ha cometido una arbitrariedad. Una sentencia que solo condena o solo absuelve, puede ocultar arbitrariedad de parte del Juez o del Tribunal. Si se expresa las razones que han llevado a dicha solución y, más aún, si se menciona expresamente la ley aplicable, la persona que está sometida al juicio tiene mayores garantías de recibir una adecuada administración de justicia”⁽²⁵⁴⁾.

(251) FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 122.

(252) Exp. N° 458-2001-HC/TC, caso: Leoncio Silva Quispe.

(253) Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui; Exp. N° 3881-2005-PA/TC, caso: Víctor Ladrón de Guevara de la Cruz.

(254) Véase, la Casación N° 1874-2004-San Martín (El Peruano, 01-06-2006) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República.

2. La discrecionalidad de la que goza el juez en la motivación de sus resoluciones no debe entenderse como si tuviera libertad absoluta para decidir sin ningún contenido, límite o control⁽²⁵⁵⁾. Nadie discute que el juez en un Estado Constitucional posee un margen de libertad para decidir un caso bien desde la perspectiva jurídica-normativa, sobre el marco fáctico o desde la prueba y afirmaciones jurídicas desarrolladas a lo largo del proceso. Sin embargo, como anota Nieto: “El juez puede hacer muchas cosas a la hora de operar con las directrices generales que le ha dado el ordenamiento jurídico; pero al final del viaje ha de rendir cuentas a la ley y al derecho justificando lo que ha hecho”⁽²⁵⁶⁾. Discrecionalidad y motivación se encuentran indisolublemente unidas tanto desde el punto de vista lógico como jurídico⁽²⁵⁷⁾. La garantía de motivación de las resoluciones (judiciales y administrativas) está lejos de representar el cumplimiento de una mera formalidad, de ser una simple exigencia técnica o una cortesía y regalo que el funcionario hace al ciudadano. Se trata del ejercicio de una obligación estatal inderogable e irrenunciable que forma parte del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y que constituye una clara manifestación del principio de interdicción de arbitrariedad⁽²⁵⁸⁾.

Justamente, el cumplimiento adecuado del deber de motivar las resoluciones judiciales (o administrativas) permite deslindar y distinguir lo que es el ejercicio de una competencia discrecional del ejercicio del mero capricho, voluntad, poder y la pura arbitrariedad⁽²⁵⁹⁾. Asimismo,

(255) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 32; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 30.

(256) NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 139.

(257) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 46.

(258) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 144.

(259) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 204; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 96: “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional

la justificación de las resoluciones judiciales es el instrumento jurídico más poderoso, útil y eficaz que sirve para el control de la discrecionalidad tanto administrativa como judicial⁽²⁶⁰⁾. Se considera que la falta de motivación de las resoluciones (judiciales o administrativas) es un ejemplo paradigmático de arbitrariedad estatal.

3. El deber de motivar las resoluciones judiciales y el principio de proscripción de la arbitrariedad son dos caras de una misma moneda a tal punto que la comprensión de una conduce al entendimiento de la otra⁽²⁶¹⁾. En efecto, para determinar si existe arbitrariedad o no en una decisión judicial es necesario remitirse a los fundamentos fácticos, jurídicos, o de prueba a fin de averiguar si dicha resolución justifica las razones y los argumentos que sustentan la decisión⁽²⁶²⁾. El TC ha expresado: “La obligación constitucional de que, prima facie, toda decisión de los poderes públicos esté respaldada en razones objetivas, es decir, que esté debidamente justificada, es consustancial al Estado democrático. El objeto de tal imposición es racionalizar la actuación del poder público, a efectos de que en su expresión diaria no impere la arbitrariedad ni el puro subjetivismo de quienes actúan desde cualesquiera de los estamentos del Estado”⁽²⁶³⁾.

Sin embargo, el hecho de que exista una motivación parca, concisa o que las razones del fallo sean discutibles o existan voces disidentes que objetan la fundamentación fáctica, la valoración de la prueba o

y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal”.

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 160.

⁽²⁶¹⁾ Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, cit., p. 122; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., pp. 29 y 33.

⁽²⁶²⁾ Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 33.

⁽²⁶³⁾ Voto singular en la STC recaída en el Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

la justificación del derecho aplicado o sencillamente no se comparta la decisión (la parte resolutive) no quiere decir que automáticamente se esté ante una resolución arbitraria⁽²⁶⁴⁾. El cumplimiento del deber constitucional de justificar las resoluciones judiciales (judiciales o administrativas) no exige que la decisión deba buscar el consenso, la aceptación social, o que se logre el aplauso o el reconocimiento de las diversas capas de la población o que la decisión de los jueces o tribunales para que sea válida se someta al escrutinio público, a las encuestas y a las querencias del público. Lo que se reclama es que las razones empleadas se sustenten en los hechos, respondan a las pruebas actuadas y al derecho (Constitución, Tratado, Ley, reglamento, precedente, etc.) pertinente aplicable al caso concreto, que las razones sean buenas y que la justificación de la decisión sea suficiente y se explique por sí sola. No se requiere ni se exige que se llegue a la mejor decisión, a la mejor justificación, a la única respuesta o que se adopte la única solución correcta que permite el ordenamiento jurídico, más aún si se trata de un caso difícil.

4. Una de las relaciones más importantes entre el principio de proscripción de la arbitrariedad y la obligación de motivar las resoluciones judiciales viene dado por el respeto de las reglas y principios de la lógica dentro del razonamiento judicial (o administrativo). Una sentencia o, en general, una resolución judicial que no respete las reglas y principios formales del pensamiento no puede más que llamarse sentencia o resolución arbitraria⁽²⁶⁵⁾. La racionalidad y el

(264) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 143 y 144, para quien la motivación supone que la misma deba ser comprendida por los ciudadanos, aunque no pueda ser compartida por todos ellos; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 186; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 48, quien recuerda que los argumentos de la decisión pueden ser discutibles, pero siempre deben ser razonables.

(265) Cfr. GHIRARDI, Olsen A., *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunker, 2003, p. 13: "la sentencia no debe ser arbitraria en su sentido más profundo y debe guardar los rasgos de racionalidad que el derecho comporta.

respeto a los axiomas lógicos por parte del razonamiento jurídico es el mejor candado para las desviaciones del poder y para la comisión de los actos arbitrarios⁽²⁶⁶⁾.

Si por mandato constitucional la obligación de motivar las resoluciones judiciales está sometida también a un control de constitucionalidad, dicho control no puede prescindir de fiscalizar el razonamiento del juez en el sentido de si viola o no los principios y reglas lógicas⁽²⁶⁷⁾. Se alude aquí a un control de logicidad del razonamiento judicial fijado en la sentencia o en una resolución semejante. El mencionado control supone el examen que efectúa un Tribunal superior (v. gr. Corte Suprema) a fin de determinar si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista de la lógica. Se trata de advertir en buena cuenta si se ha cometido en la resolución del a quo errores *in cogitando*. Cuando se habla de que la sentencia debe estar fundada en buenas razones, se exige también que estas buenas razones respeten las exigencias de la lógica, ya que no puede haber buenas razones sin que estas sean compatibles con las estructuras del pensamiento correcto formal. No puede haber –sin que haya una contradicción manifiesta– buenas razones si estas son irracionales o ilógicas.

A nivel jurisprudencial se ha reconocido la importancia de la lógica y en especial el control de la logicidad que realizan los Tribunales superiores, precisando que: “mediante el control de logicidad

Y me interesa destacar que una de las vías que conducen a la arbitrariedad es, sin duda, la que viola los principios lógicos en la enunciación de los argumentos que la fundan (...) una violación de un principio lógico al resolver una cuestión litigiosa fundamental, infringe el sistema jurídico y choca contra la norma suprema de un país”.

(266) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, p. 110: “la racionalidad de los juicios deben mostrar que el curso del pensamiento del juzgador no es arbitrario y esta demostración no puede hacerse sino fundando la sentencia”.

(267) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 105: “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”.

se examina el razonamiento que realizaron los jueces inferiores para conocer si fue formalmente correcto desde el punto de vista lógico; de ello se deriva que, no solo la sentencia tiene que ser fundada sino que debe ser, en primer lugar, bien fundada formal y lógicamente, esto es, que se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el juez superior) si el razonamiento ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar”⁽²⁶⁸⁾.

El vicio que acarrea el incumplimiento de las reglas y principios lógicos es el de la *motivación defectuosa*⁽²⁶⁹⁾ que puede revestir la forma de motivación contradictoria o de motivación insuficiente. En efecto, si hay una insuficiente motivación se viola el principio de razón suficiente y si hay otras formas defectuosas de pensar se violan otras leyes lógicas como el principio de contradicción, el principio de identidad el principio del tercio excluido.

5. En un Estado Constitucional la legitimación democrática del Poder Judicial es estructuralmente diversa a la legitimidad de los demás poderes del Estado, pues no tiene relación con la voluntad ni con la opinión de la mayoría⁽²⁷⁰⁾. La jurisdicción es una garantía y un medio de protección eficaz contra el poder de las mayorías que pretenden imponer su voluntad incluso por encima de la autoridad de la ley. En efecto, aun cuando el sistema de elección de los jueces se realizara con base en la voluntad popular, sus decisiones deberán sustentarse exclusivamente en la aplicación de normas expedidas

⁽²⁶⁸⁾ Véase, la Casación N° 3107-99-La Libertad, de fecha 22 de junio del 2000 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema; la Casación N° 2541-2007-Lambayeque (31/03/2008) ha señalado que: “mediante el control de logicidad se examina si fue formalmente correcto desde el punto de vista lógico; de ello se deriva que, no solo la sentencia tiene que ser fundada sino que debe ser, en primer lugar, bien fundada formal y lógicamente, esto es se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar. Cuando dicho razonamiento jurídico viola las reglas de la lógica en su estructura incurre en lo que se denomina como error *in cogitando* o de incoherencia”.

⁽²⁶⁹⁾ Al respecto, GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., pp. 107 y 114.

⁽²⁷⁰⁾ Por todos, FERRAJOLI, Luigi, “Justicia penal y democracia: El contexto extra-procesal”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 4, p. 5.

por el legislador⁽²⁷¹⁾. Su vinculación a la voluntad popular nunca es directa, sino solo y únicamente a través de la ley.

La legitimidad del Poder Judicial reside en la garantía de verificación imparcial de los hechos que no dependen del consenso, el acuerdo de las mayorías o de los medios de comunicación⁽²⁷²⁾. Como señala FERRAJOLI: “No se puede castigar a un ciudadano solo porque responda a la voluntad o al interés de la mayoría. Ninguna mayoría, incluso aplastante, puede hacer legítima una condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de otro ciudadano. Y ningún consenso político –ya sea del estado, la prensa, los partidos o la opinión pública– puede suplir la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer cierto lo que es falso o viceversa”⁽²⁷³⁾. Mientras el político y el legislador se mueve por criterios de oportunidad⁽²⁷⁴⁾, los jueces expiden su fallo como respuesta a los hechos, pruebas y al material normativo⁽²⁷⁵⁾: no tienen absoluta libertad, sino que su marco de actuación se desarrolla dentro de las

(271) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, “La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, p. 4.

(272) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Veinticinco años de Poder Judicial: Entre Constitución y Crisis”, en: *Justicia Penal, Derechos y Garantías*, p. 241; FERRAJOLI, Luigi, “El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho”, en: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 21 SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, “La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, p. 4: “Ni una supuesta voluntad popular, ni la opinión pública, ni ninguna otra instancia representativa de las ideas jurídicas o ético-jurídicas socialmente dominantes pueden suministrar al juez sus criterios de decisión”.

(273) FERRAJOLI, Luigi, “Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal”, en: *Jueces para la Democracia*, p. 5.

(274) Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis, *Democracia, División del Poder y Poder Judicial*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, cit., p. 25.

(275) Cfr. PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, cit., p. 234.

opciones que el ordenamiento jurídico les permite. El hecho de que el régimen de gobierno más adecuado y compatible con la Constitución sea el democrático no quiere decir que el juez y, en general, el Poder Judicial, deberá dejarse llevar por los mandatos de la mayoría o de un espectro importante de la población. El juez no es el representante de las mayorías ni se encuentra sujeto a mandato imperativo⁽²⁷⁶⁾.

La función de los jueces no reside en expresar en sus fallos la voluntad popular, sino, por el contrario, en poner límites a los extravíos y desviaciones del poder de los representantes o transmisores de dicha voluntad⁽²⁷⁷⁾. La vinculación y la lealtad constitucional del juez a la ley obligan, incluso, a expedir una sentencia en contra de la mayoría o de los criterios sociales prevalecientes que pueden distorsionar los hechos, las pruebas o la aplicación imparcial del derecho⁽²⁷⁸⁾. En estos casos, la legitimidad constitucional de la justicia exige al juez el apartarse de los criterios sociales compartidos o de las demandas políticas o mediáticas en un determinado sentido, respetando los hechos y la aplicación genuina de la ley. Se sostiene que debe haber un juez capaz de absolver o condenar aun en contra de la voluntad de todos cuando faltan o no existen pruebas de la culpabilidad⁽²⁷⁹⁾. Como recuerda DWORKIN: "*los derechos fundamentales solo son derechos si triunfan frente al gobierno o las mayorías*"⁽²⁸⁰⁾. En consecuencia, los derechos

(276) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, p. 9: "El juez no es el representante de la mayoría de la sociedad, ligado a un mandato imperativo que le obligaría a adoptar los puntos de vista más extendidos o de alguna forma socialmente aceptados".

(277) Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El Papel del Poder Judicial en la Transición democrática", en: *Isonomía*, cit., p. 29; LÓPEZ GUERRA, Luis, *La Legitimidad Democrática del Juez*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, cit., p. 57.

(278) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, p. 9.

(279) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 21.

(280) DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, p. 285.

fundamentales son derechos que deben prevalecer e imponerse incluso contra las exigencias de los ciudadanos, de tal manera que el Poder Judicial como garante de dichos derechos debe poder actuar contra las mayorías⁽²⁸¹⁾. Por ello, la decisión de un caso y la expedición de un fallo no depende de los criterios sociales imperantes o de la existencia de determinadas cifras estadísticas que sobre la base de ciertas encuestas pretendan dirigir la decisión en un determinado sentido: favorable o perjudicial para el imputado⁽²⁸²⁾.

(281) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 21; del mismo autor, "Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal", en: *Jueces para la Democracia*, N° 4, p. 5: "El nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales es, a mi parecer, el fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado de Derecho. Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones y valoraciones, por principio, no puede estar sujeta a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de poder externo, por más acreditado que esté ética o políticamente, no solo no contribuye al descubrimiento de la verdad, sino que, por el contrario, será un obstáculo para tal fin. El principio de autoridad, incluso cuando la autoridad es democrática y expresa la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca un criterio de veracidad".

(282) Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la Democracia*, N° 18, p. 9.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIAL PENAL

I. LA MOTIVACIÓN REQUIERE BUENAS RAZONES Y, ADEMÁS, QUE SEAN SUFICIENTES

1. La motivación *suficiente* es un parámetro objetivo de ponderación de la motivación de las resoluciones judiciales que ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia comparada⁽¹⁾, especialmente constitucional, para establecer un canon de referencia que permita controlar las condiciones de validez de dicha garantía constitucional.

Se entiende por motivación suficiente aquella justificación en la que cada afirmación está bien fundamentada en argumentos justificativos⁽²⁾. No basta que la argumentación que sustenta la decisión concorra en el caso concreto ni que el fallo se encuentre escoltado de

(1) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 345; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 13: “la motivación (suficiente) –en cuanto justificatoria de una decisión– es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad”.

(2) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 136; TARUFFO, Michele, “Decisiones Judiciales e inteligencia artificial”, en: *Páginas Sobre justicia civil*, cit., p. 385.

buenas razones. Es necesario que la argumentación desplegada y las buenas razones esgrimidas sean suficientes⁽³⁾. Una motivación para que sea racional debe estar acompañada de buenas razones; dichas razones deben apoyarse en los hechos del caso, en la prueba pertinente y en el derecho vigente aplicable al caso. Sin embargo, las buenas razones –fácticas, probatorias y jurídicas– no bastan, pues es necesario que ellas tengan una determinada entidad. En pocas palabras, se necesita que la argumentación desplegada (las buenas razones) sea suficiente y resuelva de manera adecuada el problema planteado.

2. Si bien es cierto que desde el punto de vista teórico la motivación (o fundamentación) del fallo debe estar escoltada y acompañada de buenas razones, desde el punto de vista constitucional a veces esta exigencia no basta ni cumple con los estándares jurídicos. Resulta indispensable que las buenas razones que justifican normativamente la solución del caso sean de una determinada entidad que no es otra que la motivación suficiente. Por otro lado, la justificación no se sustenta en aportar y establecer una serie de razones formales que acompañan la decisión, sino más bien en aportar razones materiales sólidas y convincentes que permita descartar la arbitrariedad⁽⁴⁾.

(3) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 144. En el campo del derecho administrativo: DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 193: “El control judicial de las razones o los motivos de las decisiones discrecionales no se detiene, en todo caso, en el control de la existencia de razones que respalden la decisión, sino que se extiende también al control de la concurrencia de una fundamentación adecuada. Una decisión no solo es arbitraria cuando la administración que la ha adoptado no ha sido capaz de alegar razón alguna que la respalde, sino también cuando las razones alegadas no son adecuadas o suficientes para justificar la decisión adoptada”.

(4) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 201. El Tribunal Supremo español en la sentencia 279/2003 (Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez) ha señalado: “hay que afirmar, con carácter general y sin que quepan excepciones en la materia, que las sentencias penales –para evitar que sean arbitrarias– deben incorporar siempre una justificación racional de la decisión. Racional, suficiente y lo bastante explícita como para

Con ello, queda meridianamente claro que las malas razones, los argumentos defectuosos desde el punto de vista lógico (formal) o desde el plano material (justificación externa de las premisas) no solo no son compatibles con la definición (jurídica) de motivación, sino que tampoco constituyen una motivación suficiente. Por ello, una *mala* motivación o una motivación defectuosa nunca podrán llegar a ser una motivación adecuada o suficiente.

II. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE

La suficiencia es un concepto jurídico indeterminado⁽⁵⁾ que no puede ser apreciado apriorísticamente o con puros criterios abstractos. La motivación suficiente no debe plantearse de manera general y abierta, sino en función de los derechos comprometidos y de las particularidades de cada situación. En efecto, la motivación suficiente se establece de manera concreta⁽⁶⁾ y en su valoración no concurren criterios cuantitativos. La suficiencia o no de la justificación es algo que se relaciona más con criterios *cualitativos*⁽⁷⁾. Como refiere atinadamente TARUFFO: “*El problema no es, sin embargo, el de una reducción cuantitativa de las motivaciones (o, por lo menos, este es su aspecto secundario, contra lo que muchas veces se afirma), sino el de una transformación cualitativa de la estructura de la motivación, que puede ser clara como precisa, además de completa*”⁽⁸⁾.

que los destinatarios, y, en general, el eventual lector, puedan tener cabal comprensión del sentido de sus pronunciamientos”.

(5) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 352; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 164.

(6) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 164.

(7) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 144; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, 2010, GTZ, p. 22.

(8) TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 382: “las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al

La doctrina ha establecido una serie de criterios que ayudan a determinar la concurrencia o no de la motivación (suficiente). Así se considera, por ejemplo, que la motivación suficiente depende de la naturaleza del derecho comprometido, la complejidad del caso, la importancia de las cuestiones planteadas, el contenido de la resolución, el contexto global del proceso, del entramado fáctico, del tipo y clase de los medios de investigación o de prueba [prueba directa o prueba indiciaria] o de la interpretación que se postula de la ley o el derecho aplicable; v. gr. si pertenece a una zona marginal o a su núcleo de interpretación. En suma, depende de las circunstancias y las particularidades de cada caso e implica la precisión y el desarrollo de los elementos esenciales que han jugado un rol determinante en la decisión⁽⁹⁾. La motivación suficiente supone la realización de un juicio de ponderación y razonabilidad de los distintos intereses en juego⁽¹⁰⁾.

III. LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE Y EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

1. El principio de razón suficiente fue enunciado por Leibniz⁽¹¹⁾, en cuya obra se encuentran formulaciones de este axioma en el sentido de que: *“jamás ocurre algo sin que haya una causa o al menos una razón determinante, es decir, algo que pueda servir para dar razón a priori de por qué algo existe y por qué existe de esta manera más bien que de otra manera”* (Teodicea, I, 44.); además sostiene: *“Nuestros razonamientos están fundados sobre dos grandes principios: el de contradicción y el de*

mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la decisión”.

(9) Cfr. DOLCINI, Emilio, *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala], cit., p. 517.

(10) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Problemas Constitucionales de la Prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)*, p. 3.

(11) Al respecto, FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel Filosofía, 2ª ed., 2009, p. 3004n quien si bien atribuye a Leibniz, como hacen muchos otros autores, la formulación madura del principio de razón suficiente, sus antecedentes y su formulación se encuentra: *“varias veces en la historia de la filosofía”*.

la razón suficiente, en virtud del cual consideramos que ningún hecho podría ser verdadero o existente, ningún enunciado verdadero, sin que haya una razón suficiente por la que ello sea así y no de otra manera, si bien estas razones las más de las veces no nos puedan ser conocidas" (Monadología, §31-32). Posteriormente, el principio adquirió una formulación negativa: *nada existe sin una razón* (*nihil est sine ratione*) y una formulación positiva: *todo ser tiene una razón* (*omne ens habet rationem*). El alcance del principio es bastante amplio ya que está presente en todos los acontecimientos y jamás podrá darse un ejemplo contrario; de tal modo que no sufre ninguna excepción⁽¹²⁾.

Tal es la importancia del principio de razón suficiente, que se le puede considerar como el fundamento de todas las ciencias y de todo conocimiento. Vale recordar lo siguiente: "*Ciencia no es otra cosa que un sistema de conocimientos, es decir, un conjunto de verdades encadenadas, en oposición a un mero agregado de conocimientos*"⁽¹³⁾. El principio aludido puede recaer en diversos objetos como los que siguen: i) Los objetos físicos o materiales; ii) las ideas abstractas o universales; iii) Los objetos de intuición pura; iv) Las voluntades individuales, situación que tiene correlato con cuatro tipos o clases de saberes como son la física, la lógica, la matemática y las ciencias normativas (ética, derecho) ⁽¹⁴⁾.

2. De manera general, el principio de razón suficiente (o razón determinante) enuncia que: "*nada es (o acontece) sin que haya una razón para que sea (o acontezca) o sin que haya una razón que explique que sea (o acontezca)*"⁽¹⁵⁾.

Desde el punto de vista lógico, el principio de razón suficiente se enuncia respecto a que todo juicio para ser verdadero requiere de

(12) Véase, ORTIZ IBARZ, José, "La Máxima libertad en la historia", en: *Servicios de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, 2007, p. 204.

(13) SCHOPENHAUER, Arturo, *La Cuádruple raíz del principio de razón suficiente*, Librería general de Victoriano Suárez, p. 4.

(14) Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., p. 3005.

(15) Ampliamente, FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., p. 3004.

una razón suficiente⁽¹⁶⁾ como al sostener que: “*todo aquello que posee existencia o puede existir posee una razón suficiente para existir*”⁽¹⁷⁾. No es correcto admitir la verdad de un juicio que no reposa en una razón suficiente. Sin embargo, ello no quiere decir de que en la práctica todo juicio lleve consigo explícitamente una razón suficiente, peor aún si se tiene que hay una gran cantidad de proposiciones que carecen de fundamento sin que por ello dejen de ser juicios⁽¹⁸⁾. En el plano de la teoría del conocimiento toda afirmación y todo conocimiento deben estar suficientemente fundados.

Pese a la importancia del principio de razón suficiente se recuerda que el mismo no tiene la inmediata claridad ni la precisión de otros principios lógicos como el principio de identidad, el de contradicción o del tercio excluido⁽¹⁹⁾. Con todo, el principio desarrolla una destacada importancia al momento de fundamentar opiniones o hipótesis en todo el ámbito del conocimiento⁽²⁰⁾.

En algunas ocasiones se distingue el principio de razón suficiente como principio que afecta al ser *real* y como principio que afecta al ser *ideal*; en el primer caso, predomina el aspecto ontológico; y en el segundo, el aspecto lógico⁽²¹⁾.

Se está ante una razón suficiente cuando la razón se basta por sí sola para servir de apoyo completo al enunciado y no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero. La razón es insuficiente cuando no basta a sí mismo para justificar o abonar lo enunciado en el juicio, sino que necesita ser complementada con algo más para que

(16) Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 130.

(17) Véase, GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, p. 102; LUJÁN TÚPEZ, Manuel, en: *Razonamiento Judicial*, Lima, Ara editores, 2006, p. 260.

(18) Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, cit., p. 130.

(19) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., pp. 120 y ss.

(20) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Control de Logicidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 12.

(21) Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., p. 3006.

este sea verdadero⁽²²⁾. Se parte de la premisa de que todo juicio para ser verdadero necesita de una razón suficiente que justifique y sustente lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad⁽²³⁾.

3. En el campo jurídico, y en general en el contexto de los sistemas normativos⁽²⁴⁾, el principio de razón suficiente se expresa de diversos modos. Una de las manifestaciones más importantes de este principio es el ideal racional de *completitud* de los sistemas normativos que permiten la adjudicación de un significado normativo a las acciones humanas⁽²⁵⁾. Se distingue entre las afirmaciones que el orden jurídico es completo de la *exigencia* de que todo sistema normativo sea completo. Por el ideal de completitud normativa se entiende la exigencia de que los sistemas normativos solucionen todos los casos, lo que presupone a su vez que todos los casos sean solucionables. El afirmar que un caso es solucionable supone en buena cuenta que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal que lo correlacione con alguna solución⁽²⁶⁾. Para Alchourrón y Bulygin la exigencia de que todos los casos son solucionables es una manifestación particular (normativa) del principio mayor de razón suficiente⁽²⁷⁾.

(22) Por todos, GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, cit., p. 131.

(23) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 155.

(24) Véase, GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 102.

(25) Por todos, ALCHOURRÓN, Carlos y BULGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 226: "El ideal de completitud –a diferencia de otros ideales que, se postula, deben satisfacer los sistemas normativos– es un ideal racional. En las ciencias empíricas y formales hallamos también ideales análogos al de completitud normativa: todos ellos no son más que distintas manifestaciones del principio de razón suficiente".

(26) Por todos, ALCHOURRÓN, Carlos y BULGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 231: "La hipótesis de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerante para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables".

(27) ALCHOURRÓN, Carlos y BULGIN, EUGENIO, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 232: "Al afirmar que el ideal de completitud

En el derecho, el principio de razón suficiente no es una aplicación mecánica y simple del principio lógico. Aquí lo que se valora no tanto es la verdad de ciertos enunciados –como ocurre con enunciados fácticos– sino la validez o invalidez de las normas⁽²⁸⁾ o si un determinado comportamiento se puede adjudicar o subsumir en una determinada disposición, la que asigna una consecuencia jurídica.

4. En el ámbito de la motivación o justificación de las resoluciones judiciales se exige que dicho principio se deba mostrar y sobre todo se exprese mediante el razonamiento correspondiente⁽²⁹⁾. Los casos de insuficiente motivación suponen una clara violación al principio de razón suficiente⁽³⁰⁾.

Aquí la mayor fuerza y capacidad de rendimiento del principio de razón suficiente surge en el juicio de hecho, o si se quiere en la fundamentación de las premisas fácticas y probatorias, y por el cual las pruebas sobre las que se basan las conclusiones del fallo solo deben permitir llegar a una conclusión; no a otras conclusiones. El principio de razón suficiente reclama la veracidad de las premisas como condición y presupuesto indispensable para obtener una conclusión correcta⁽³¹⁾.

Se apunta que las características que debe albergar la motivación suficiente, como manifestación del principio de razón suficiente, son las siguientes: i) debe ser un razonamiento construido sobre la base de inferencias adecuadamente deducidas de la prueba actuada en el proceso con las debidas garantías y derivarse de la serie de hipótesis

normativa es un ideal puramente racional, hemos querido decir precisamente eso: que ese ideal se funda única y exclusivamente en el principio de razón suficiente y es independiente de toda ideología política o filosófica”.

(28) Véase, GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la Lógica Jurídica*, cit., p. 132: “el principio lógico de razón suficiente expresa que todo juicio, para ser verdadero, ha de merecer de una razón suficiente; mientras el jurídico indica que toda norma, para ser válida necesita un fundamento suficiente de validez”.

(29) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 102.

(30) Véase: TALAVEIRA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 25; GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 134.

(31) Cfr. ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, cit., p. 480.

que se hayan presentado; ii) debe ser concordante y coherente en la medida que cada conclusión que se alcance debe sustentarse en la prueba actuada; y no en otros elementos; iii) la prueba debe ser de tal entidad y calidad que se encuentra en condiciones de sostener la decisión final del caso; de tal forma que sea excluyente de otra conclusión⁽³²⁾.

5. El principio de razón suficiente ha sido considerado por la jurisprudencia ordinaria peruana como “la razón o explicación de por qué algo es de determinada manera y no de otra, responde al enunciado ‘nada hay sin una razón suficiente’, que las conclusiones que sustentan la sentencia se derivan de los hechos probados, y la prueba en que se basa las conclusiones arribadas, solo pueden dar fundamento a esas conclusiones y no a otras”⁽³³⁾. Asimismo, se ha razonado que “el denominado principio de razón suficiente en la lógica jurídica se muestra como un enunciado privilegiado que entraña presunciones estatutarias de verdad, presunciones que le son inherentes en función de quienes lo enuncian. Son enunciados con efectos de verdad y poder que le son específicos; una cierta suprallegalidad de ciertos enunciados en la producción de la verdad judicial”⁽³⁴⁾.

La justicia constitucional peruana ha reconocido la importancia del principio de razón suficiente al precisar que: “La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativamente o desechar una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis. Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base

(32) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., pp. 135 y ss.

(33) Véase, la Casación N° 4961-2008-La Libertad (publicada en el Diario Oficial El Peruano 01/12/2009).

(34) Véase, la Casación N° 2494-2008 de fecha 11 de diciembre de 2008 emitida por la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

o puntal de un precedente vinculante. La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas”⁽³⁵⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú ha conectado el principio de razón suficiente con el deber de motivar las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, ha considerado que: “La motivación defectuosa se da cuando existe por parte del operador jurídico una motivación producto del error en su raciocinio que vulnera el principio lógico de la razón suficiente, esto es, que no existe por parte de quien motiva una resolución suficiente de la razón del por qué la resolución debe ser estimada o desestimada; en tal sentido, la debida motivación de las resoluciones es un principio y garantía de la administración de justicia, cuyo contenido se puede precisar en que la decisión expresada en el fallo debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica”⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ STC del Exp. N° 0024-2003-AI/TC, caso: Municipalidad Distrital de Lurín.

⁽³⁶⁾ Véase, la Casación N° 2910-2005-Piura de fecha 13 de junio de 2006 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia; la Casación N° 822-2006 de fecha 3 de octubre de 2006 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la que se deja sentado que: “La motivación defectuosa se da cuando existe por parte del operador jurídico una motivación producto del error en su raciocinio que vulnera el principio lógico de la razón suficiente, esto es, que no existe por parte de quien motiva una resolución suficiente de la razón del por qué la resolución debe ser estimada o desestimada; en tal sentido, la debida motivación de las resoluciones es un principio y garantía de la administración de justicia reconocido, conforme a lo anotado, por la Constitución Política del Perú, cuyo contenido se puede precisar en que la decisión expresada en el fallo o resolución debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica”; la Casación N° 4941-2006 de fecha 20 de marzo de 2006 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia “La motivación de las sentencias como vicio procesal, tiene dos manifestaciones: 1) la falta de motivación; y 2) la defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) motivación aparente; b)

En esa misma línea, la máxima instancia de la justicia ordinaria en el Perú ha recordado que: “Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo–; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectual–”⁽³⁷⁾.

IV. LOS ELEMENTOS DE UNA MOTIVACIÓN SUFICIENTE

En el seno de la teoría general del derecho y de la argumentación jurídica se han desarrollado criterios generales que van desde la definición de motivación suficiente hasta el aporte de algunos puntos de vista que si bien tienen valor y han ayudado al esclarecimiento del concepto no permiten alcanzar una noción específica y concreta de la materia. En lo que sigue trataré de brindar un criterio normativo lo más simple y sencillo posible que facilite a través de la fijación de una serie de elementos que deben integrar la noción de motivación suficiente.

a) La motivación de un caso fácil o difícil

1. Para determinar el grado de motivación –y si esta es suficiente o no– es necesario identificar si el caso (judicial, administrativo o de otro orden) que se debe resolver es un caso fácil o un caso difícil.

motivación insuficiente; y c) motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; **la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente** y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia”.

⁽³⁷⁾ Véase, la Casación N° 03-2007-Huaura de fecha 7 de noviembre del 2007 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Tanto en la doctrina de la argumentación jurídica como en la teoría general del derecho es lugar común distinguir entre los casos fáciles y los casos difíciles⁽³⁸⁾ sobre la base de que a partir de la constatación práctica hay casos que generan más complicaciones que otros. Se trata, por ello, de una distinción que se lleva a cabo a nivel pragmático⁽³⁹⁾ y no abstracto⁽⁴⁰⁾.

Un *caso fácil* se presenta cuando los hechos son simples y no es difícil determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto⁽⁴¹⁾, la disposición normativa es unívoca en su significado, el mismo que es plausible para el operador jurídico y en la solución del problema planteado puede encontrarse un consenso básico. Aquí hay la aplicación pura y simple del derecho que sigue los estándares propios y más tradicionales de la teoría del derecho. La solución proviene de la aplicación de la ley y de la jurisprudencia imperante⁽⁴²⁾. La justificación de

(38) Véase, TARUFFO, Michele, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, p. 202; ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, cit., p. 61; del mismo autor, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía*, N° 6, abril de 1997, p. 8; AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, p. 30; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., pp. 116, 169 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 139; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 172; MORENO, J. J. - NAVARRO, P. E. - REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, p. 262; NAVARRO, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", en: *Doxa*, p. 252, GUIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, cit., p. 44.

(39) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 139.

(40) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 174.

(41) Cfr. TARUFFO, Michele, "Ideas para una teoría de la decisión justa", en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, cit., p. 202.

(42) Cfr. GUIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, cit., p. 44.

la decisión judicial es normalmente aquí una mera deducción a modo de un silogismo judicial⁽⁴³⁾.

En los *casos difíciles* ninguna de las cadenas del silogismo tradicionales brinda un soporte suficiente al resultado final, pues aquí en realidad se requiere el empleo de la totalidad de los argumentos a modo de construcción de un rompecabezas⁽⁴⁴⁾. En estos casos, la tarea de fijar las premisas fácticas y/o normativas exige el empleo de nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas⁽⁴⁵⁾ y en las que muchas veces hay más de una respuesta. La justificación de la decisión en los casos difíciles se caracteriza porque existen dudas e incertidumbre ya sea en la premisa fáctica, en la premisa jurídica o en ambas, a las cuales no les basta ni le es suficiente un determinado razonamiento, sino un razonamiento de carácter más complejo que remite a los principios y argumentos de la razón práctica; v. gr. principios de universalidad, coherencia, consenso⁽⁴⁶⁾, etc.

Los casos difíciles en el plano interpretativo se producen cuando la atribución de significado del enunciado normativo no es unívoco, consistente o satisfactorio. Incluso, en este ámbito se plantea la graduación y nivel de complejidad del caso difícil, distinguiendo el caso en el que existen dudas alrededor del significado del enunciado del caso en el que el enunciado es controvertido y surge una serie de discrepancias, entre el juez y las partes e, incluso, entre distintos

(43) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía*, N° 6, abril de 1997, p. 9.

(44) Por todos, AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en: *Doxa*, N° 8, p. 30; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 158.

(45) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, cit., p. 61; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 158.

(46) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en: *Isonomía*, N° 6, p. 9.

órganos jurisdiccionales, ya sea de nivel superior o inferior⁽⁴⁷⁾. En el plano fáctico, el caso difícil está dado por la complejidad de los hechos investigados o juzgados, al margen de si se trata de un solo acontecimiento o de hechos diversos, por la dificultad en la realización de una prueba (v. gr. pericia científica), entre otros aspectos.

La consideración de un caso como difícil pasa normalmente por el hecho de que la solución del mismo no recibe consenso en la comunidad de juristas, no se trata de un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley, pues existe, por ejemplo, una laguna axiológica en el ordenamiento jurídico, hay disposiciones jurídicas en conflicto, la respuesta requiere el empleo de un razonamiento jurídico basado en principios o el empleo de juicios morales⁽⁴⁸⁾. Los casos difíciles pueden ser resueltos de manera disímil y dispar por parte del juez y, en muchas ocasiones, la respuesta que se brinda depende de las valoraciones que se formulen; de tal manera que no es posible prever la decisión judicial⁽⁴⁹⁾. Normalmente en los casos difíciles hay una contraposición y enfrentamiento entre principios y valores que se resuelve mediante una operación de ponderación en la que se sopesan una serie de criterios a fin de alcanzar el equilibrio mínimo u óptimo⁽⁵⁰⁾.

(47) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 187: "la situación de duda afecta al intérprete en su proceso subjetivo para asignar un significado a un enunciado normativo, al encontrarse con varios sentidos posibles del mismo texto entre los que debe elegir, para lo que acude a las reglas para la interpretación. En la situación de controversia, por el contrario, el intérprete no tiene duda alguna sobre el significado a asignar a un enunciado, pero se encuentra con que el sentido, elegido sin ningún género de duda, es discutido o no compartido, por lo que debe acudir a las reglas para la interpretación y emplearlas como argumentos que justifiquen el significado seleccionado".

(48) Cfr. NAVARRO, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", en: *Doxa*, p. 253; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., pp. 116 y 210; ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos, Isonomía", N° 6, p. 10.

(49) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 117.

(50) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía*, N° 6, p. 15.

La noción de caso difícil requiere asumir un punto de vista netamente *objetivo*, es decir, independiente de los prejuicios, condicionamientos, actitudes y creencias de la persona que debe resolver el caso, tomando como referencia las propiedades y características del caso concreto como las regulaciones del orden jurídico. Normalmente la existencia de un caso difícil arrastra la dificultad de resolver dicho caso; aunque no siempre la dificultad de resolver un caso se debe a que este es estructuralmente difícil.

En los casos difíciles, la teoría de la argumentación jurídica adquiere mayor virtualidad en tanto permite encontrar criterios que ayudan a la solución del problema con la mayor racionalidad posible, más allá incluso de los límites de la lógica formal⁽⁵¹⁾. Sin embargo, se enfatiza que tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles es indispensable respetar las reglas y principios de la lógica⁽⁵²⁾. La estimación de un caso como fácil o difícil posee una repercusión directa en el deber de motivar las resoluciones judiciales, pues la suficiencia de la obligación de justificar la decisión será mayor cuando se enfrente ante un caso difícil⁽⁵³⁾.

2. Un caso fácil requerirá un tipo de motivación estándar, debido a que los problemas que se plantean no tienen la complejidad ni la envergadura que requiere otro tipo de casos. En cambio, en los casos difíciles se requerirá un tipo de motivación más compleja y una organización de los argumentos de acuerdo a los problemas existentes y a los puntos controvertidos planteados por las partes. Una de las consecuencias prácticas más importantes que conduce la distinción entre casos fáciles y difíciles reside en reclamar un distinto grado de motivación en ambos supuestos, siempre más exigente y compleja en los casos difíciles que en los fáciles.

(51) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales"; en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 158.

(52) Cfr. MORENO, J. J. - NAVARRO, P. E. - REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, p. 262.

(53) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 187.

Pese a lo sostenido, es posible que alguien advierta que la motivación suficiente –como exigencia constitucional o legal– se exige también en los casos fáciles y no solo en los difíciles, dado que las exigencias y derivaciones en el plano normativo y empírico del principio de razón suficiente se trasluce a todo tipo y clase de casos, al margen de si se trata de casos sencillos o de casos complejos. Si bien a este punto de vista no le falta razón en el sentido de que el requisito de la suficiencia de la motivación también se reclama en los casos fáciles, queda claro que dicha característica de la suficiencia no es la misma ni posee igual intensidad en los casos difíciles que en los casos fáciles. En efecto, cuando el operador jurídico se enfrenta a un caso difícil la exigencia de motivación es mucho más rigurosa y compleja⁽⁵⁴⁾.

b) La fijación de los puntos controvertidos

1. Uno de los aspectos esenciales que ayudan a determinar la suficiencia o no de la motivación es que la resolución judicial fije, desarrolle, discuta y razone acerca de los *puntos controvertidos* establecidos por las partes dentro del proceso⁽⁵⁵⁾.

Se entiende por puntos controvertidos las discrepancias entre los actores del proceso expresadas en cuestiones pertinentes, específicas y que son relevantes para la solución del caso⁽⁵⁶⁾. En todo proceso,

⁽⁵⁴⁾ Ibídem, p. 144.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 315; ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 152 y 431; GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, pp. 21 y 23, quien cita al jurista francés P. F. Bellot: “si los jueces no saben separar los puntos en los que haya acuerdo de las partes, de los controvertidos; (...) si limitándose a considerar la causa en su conjunto no la descomponen en sus elementos; si en su ignorancia o precipitación, no ven otra cuestión que ‘si la demanda está fundada’; si creen estar de acuerdo en haberla resuelto por unanimidad en el mismo sentido; corren el riesgo de equivocarse”.

⁽⁵⁶⁾ Véase, ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional”, en: *Athina*, Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, 2009, pp. 133 y ss.

existen cuestiones pacíficas que generan acuerdo y aceptación por las partes, bien en cuanto a los hechos, las pruebas o la aplicación del derecho, pero al mismo tiempo existen zonas de conflicto caracterizadas por la falta de acuerdo, por las discrepancias y en las que gira de manera particular la discusión procesal. Un caso jurídico –y en especial un litigio judicial– puede comprender uno o varios problemas jurídicos, ya sea de carácter fáctico, probatorio, de interpretación o de relevancia y estos problemas a su vez pueden tener una o varias cuestiones o subproblemas específicos.

2. Para determinar qué debe entenderse por punto controvertido debe seguirse una *perspectiva objetiva* en la que: i) no toda cuestión que de manera subjetiva o particular una de las partes no acepte o discrepe debe entenderse como punto controvertido (o zona de no acuerdo); v. gr. las observaciones formuladas a un dictamen pericial es una cuestión a tener en cuenta y no necesariamente un punto controvertido⁽⁵⁷⁾; ii) los puntos controvertidos están en función de la pretensión planteada y a la pertinencia directa e inmediata de la discusión procesal, la cual debe ponderar el objeto del proceso o de la indagación⁽⁵⁸⁾. Se excluyen aquí las discrepancias nimias o sin

(57) Véase, la Casación N° 2313-2002, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de marzo de 2005 en donde se señala que: “Las observaciones formuladas por la parte demandada al dictamen pericial, no constituyen de modo alguno un punto controvertido sino propiamente una cuestión probatoria que será merituada de manera conjunta con todas las pruebas”.

(58) El TC peruano en la Sentencia del Exp. N° 00227-2011-PA/TC, caso: Renzo Fabrizio Mariani Secada declara infundada la demanda de amparo interpuesta en un proceso civil de **declaración judicial de paternidad extramatrimonial** en el que se ordenó la actuación de oficio de una prueba de ADN a pesar de que el demandado alegó que la prueba ordenada no tiene como finalidad probar ningún asunto demandado ni fijado como punto controvertido. El TC peruano consideró lo siguiente: “es importante destacar que el recurrente pretende que la prueba de ADN ordenada de oficio no sea actuada en el proceso judicial en el que ha sido demandado. Asimismo, es pertinente advertir que doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia interpone demanda de declaración judicial de paternidad en contra del recurrente y de otros, amparándose en los incisos 2 (posesión constante del estado de hijo extramatrimonial), 3 (convivencia con

importancia en función de la información que se busca completar para fijar las premisas del razonamiento judicial (relevancia)⁽⁵⁹⁾; iii) los puntos controvertidos no solo revisten la forma de cuestiones o problemas probatorios⁽⁶⁰⁾ que, si bien son los más frecuentes dentro de la litis, no agotan ni terminan por cubrir todas las controversias que pueden presentarse en un proceso⁽⁶¹⁾. Tal es el caso de la proble-

la madre en la época de la concepción) y 5 (seducción cumplida con promesa de matrimonio) del artículo 402° del Código Civil (f. 59). En congruencia con el planteamiento de la demanda, el órgano judicial coincidentemente fijó como puntos controvertidos determinar: i) la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial de la demandante, ii) la convivencia de don Juan Antonio Mariani Calandra con la madre de la demandante en la época de la concepción, y iii) la existencia de relaciones sexuales bajo promesa de matrimonio con la madre de la demandante (f. 21). Atendiendo a lo descrito, conviene hacerse el siguiente cuestionamiento ¿resulta pertinente la actuación de la prueba de ADN para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad?, ¿la prueba de ADN tiene por finalidad acreditar los extremos de los puntos controvertidos fijados por el juez? Este Colegiado considera que la prueba de ADN, como tal, es pertinente e indispensable para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad y, más aún, para resolver los puntos controvertidos fijados en el proceso judicial. De esta manera, se evidencia que la prueba de ADN cumple, pues, el requisito de pertinencia respecto a lo que constituye el objeto del proceso de declaración de paternidad, por lo que atendiendo a la especial consideración del caso, en donde el presunto progenitor ya ha fallecido, este Colegiado ratifica la pertinencia y la utilidad de la prueba de ADN en el proceso judicial, la que servirá para acreditar si don Juan Antonio Mariani Calandra es el padre (o no) de la demandante Ludovica del Cisne Mariani Tapia”.

(59) Cfr. Véase, ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional”, en: *Athina*. Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, p. 134.

(60) Sin embargo, así: CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Lima, Grijley, 2000, T. II, p. 552.

(61) Véase, la Casación N° 838-2006-Lima de fecha 6 de octubre de 2006 en donde se señala lo que sigue: “conviene precisar que la estación procesal en la que se fijan los puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean estos fácticos o de derecho derivados de los hechos que motivaron la litis o de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, por lo que resulta erróneo sostener que cuando se fijan los

mática a veces crucial y decisiva de la constitucionalidad o no de un precepto, el alcance interpretativo de una disposición⁽⁶²⁾, entre otros aspectos relevantes; iv) en el campo civil se debe distinguir, dentro de la calificación de la demanda, el petitorio planteado y la fijación de los puntos controvertidos entre las partes⁽⁶³⁾.

3. En la legislación procesal peruana (Código Procesal Civil), respecto a la motivación de las resoluciones judiciales existe una regulación específica de los puntos controvertidos en donde de manera particular se prescribe como contenido de las resoluciones: *“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”* (art. 122°, inc. 4). Tal es la importancia y gravitación de la fijación de los puntos controvertidos que el mismo Código Procesal Civil consagra de manera expresa la nulidad de la resolución que no cumpliera con esta exigencia⁽⁶⁴⁾. La casación peruana reconoce que la no fijación de los puntos controvertidos acarrea la nulidad de la sentencia al considerar que: *“Debe declararse nula una sentencia si el juez no cumplió con fijar como puntos controvertidos de un proceso de nulidad de despido la determinación de la fecha real del despido”*⁽⁶⁵⁾, y que: *“existe nulidad cuando se omite fijar puntos controvertidos relevantes”*⁽⁶⁶⁾.

puntos controvertidos aquellos corresponden únicamente a los que serán materia de probanza”.

(62) Cfr. ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger, “Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional”, en: *Athina*. Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, p. 135.

(63) Véase, la Casación Laboral N° 000022-2004 del 16 de mayo de 2005.

(64) **Artículo 122°.-** (....) “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”.

(65) Véase, la Casación N° 1510-2003; (El Peruano, 03/05/2005) expedida por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

(66) Véase, la Casación Laboral N° 000804-2003 del 21 de mayo de 2004.

Los puntos controvertidos deben fijarse oportunamente en el estadio procesal correspondiente, que en la legislación procesal peruana no es otro que la audiencia de conciliación, llamada también audiencia de fijación de puntos controvertidos (art. 468° *in fine* del CPC⁽⁶⁷⁾); de tal manera que si los mismos se fijan de manera extemporánea o se pretenden introducir en otra etapa no existe deber de pronunciamiento⁽⁶⁸⁾.

(67) Artículo 468°.- Oportunidad de la audiencia conciliatoria.

“Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercer día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral”.

Artículo 469°.- Finalidad de la audiencia.

“Esta audiencia tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Para tal efecto, el Juez sujetará su intervención a lo dispuesto en este Código sobre conciliación”.

Artículo 471°.- Audiencia sin conciliación.

“De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria”.

⁽⁶⁸⁾ Véase, la Casación N° 2208-2003 de 16 de junio de 2004 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en donde se establece que: “La argumentación del recurso amparado respecto del artículo trescientos setenta y cuatro del Código de Comercio, pretende introducir un supuesto de hecho que no se realizó oportunamente en el séquito del proceso y por consiguiente no fue considerado como punto controvertido para un futuro pronunciamiento en la sentencia; más aún, cuando tampoco lo argumentó en

Por esta razón, se afirma que dicha fijación está sometida al respeto del principio de preclusión⁽⁶⁹⁾.

Los puntos controvertidos que se fijan en la audiencia única exige una fundamentación adecuada; los mismos que han de ser determinados con claridad y precisión⁽⁷⁰⁾, evitando incurrir en la fijación de puntos oscuros o ambiguos⁽⁷¹⁾. La fijación de puntos controvertidos debe incluir todas las controversias entre las partes sobre los hechos relevantes para la solución de la *litis*; de otro modo, el auto que omite estos puntos es nulo⁽⁷²⁾. La ley procesal establece de manera expresa que los puntos controvertidos deben ser enumerados⁽⁷³⁾. No basta la referencia superficial a que los mismos son la pretensión de la demandante y la contestación de la demanda, sin que se describa los hechos materia de controversia o los aspectos en los que existen discrepancias entre las partes⁽⁷⁴⁾. La

su recurso de apelación, ni presentó prueba al respecto; consecuentemente, no se puede pretender hacer valer este propósito en sede casatoria, por cuanto al no haber sido punto controvertido, la parte demandante no ha podido ejercitar su derecho de defensa al respecto”.

(69) Véase, la Casación N° 2720-2004 (El Peruano, 02-10-06) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

(70) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, cit., p. 26.

(71) Véase, la Casación N° 2080-2001 (Publicada el 02/02/02) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: “Para que se cumpla con el principio de congruencia procesal, las resoluciones deben contener todos los puntos controvertidos establecidos en la audiencia. Deben contener aun los puntos que son difíciles de ser sustanciados, bien porque se ha empleado una inapropiada redacción en el documento o bien que existiere otro elemento que convierta en oscuro o ambiguo el punto controvertido. En este caso, el título contenido en documento mal redactado debe ser identificado”.

(72) Véase, Casación N° 1192-2003 de fecha 5 de octubre de 2004, expedida por la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

(73) La Casación N° 805-2003 de fecha 21 de mayo del 2004 expedida por la Sala Transitoria Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “Es deber del Juez enumerar los puntos controvertidos teniendo en consideración lo expuesto por las partes, y en especial los que serán materia de prueba”.

(74) Véase, la Casación N° 401-98 (El Peruano, 02/02/2002) expedida por la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia: “En el

adecuada precisión de los puntos controvertidos permite respetar a la hora de dictar sentencia el principio de congruencia procesal⁽⁷⁵⁾.

La casación civil peruana ha señalado que aun en los casos de declaración de rebeldía en donde existe una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, el juzgador a fin de no causar agravios innecesarios debe proceder a precisar, por lo menos, los hechos o puntos principales afirmados en la demanda, con el objeto de que la prueba gire sobre tales extremos, y por ende no se afecte la defensa de las partes⁽⁷⁶⁾, como también se respete el principio de congruencia. En esa línea también se ha destacado que la presunción relativa de verdad de los hechos es *juris tantum*, esto es, sujeta a probanza y, por tanto, no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión⁽⁷⁷⁾.

acta de audiencia única, se observa que en forma superficial se indica que los puntos controvertidos son la pretensión de la demandante y la contestación de la demanda, omitiendo describir los hechos anteriormente expuestos, no obstante su especial relevancia en el proceso”.

(75) Véase, la Casación N° 1308-2001 (publicada el 02/01/2002) dictada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia donde se precisa que: “El principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios”; Casación N° 327-2006 de fecha 7 de noviembre de 2006 dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia; Casación N° 1874-2004 (El Peruano, 01/06/2006) “se desprende que la Sala Superior se ha limitado a confirmar la sentencia apelada sin haberse pronunciado, en forma clara y expresa, sobre todos los puntos controvertidos, creando indefensión en los sujetos procesales, por lo que, la resolución de vista, viola el principio de congruencia, previstos en el inciso sexto del artículo cincuenta del Código Procesal Civil”.

(76) Véase, la Casación 83-98 de fecha del 28 de noviembre de 1998 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

(77) Véase, Casación N° 1870-02 de fecha 10 de diciembre de 2002 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: “Que, la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos

4. La determinación de los puntos controvertidos tiene una *conexión (causal) directa* con la actuación probatoria planteada dentro del proceso y con el deber de motivar las resoluciones judiciales⁽⁷⁸⁾. En efecto, los puntos controvertidos son utilizados por los magistrados como los lineamientos sobre los cuales deberá pronunciarse en la sentencia que resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses⁽⁷⁹⁾. Los jueces deben vincularse a los puntos controvertidos más que a la demanda planteada, siempre que dichos puntos reduzcan sus términos o los concreten de manera específica; v. gr. el juez debe responder el punto controvertido referido al pago o no de intereses compensatorios o moratorios, pese a que la demanda es una de obligación de dar suma de dinero, máxime si en la audiencia de conciliación se aceptó el haber suscrito una transacción extrajudicial en la que consta que el demandante recibió la suma de dinero demandada⁽⁸⁰⁾.

en la demanda; salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro criterio, como exige el inciso cuarto del artículo cuatrocientos sesenta y uno del Código Adjetivo, de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía que no requiere de una resolución expresa y que corresponde apreciar en la sentencia, y b) que la presunción relativa es *juris tantum*, esto es, sujeta a probanza y, por tanto, no exime al Juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión”.

(78) La Casación Laboral N° 002346-2003 de 13 de agosto de 2004 ha señalado que: “La deficiente fijación de puntos controvertidos genera a su vez una limitada actuación probatoria que influye finalmente en la motivación del Juzgador, incurriéndose en vicios que afectan las garantías esenciales del debido proceso”.

(79) Véase, la Casación N° 1470-02 Lambayeque (El Peruano, 31/01/2003).

(80) Véase, Casación N° 1870-02 de fecha 10 de diciembre de 2002 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia: “al haberse fijado los puntos controvertidos atendiendo a la valoración conjunta de los hechos y pruebas acreditadas en autos, y con la anuencia de ambas partes, correspondía a la Sala Superior, pronunciarse únicamente sobre los hechos circunscritos a ellos, esto es, sobre la procedencia del pago de intereses compensatorios y moratorios, pues en aplicación del principio de congruencia procesal, recogido por el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez no puede fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes, norma que debe concordarse con el artículo ciento veintidós inciso cuarto del mismo Código, que establece que la resolución debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos”.

El deber de resolver *todos* los puntos controvertidos es un deber inexcusable por expreso mandato legal (art. 122, inc. 4) que no se cumple con la sola referencia o justificación de algunos de los aspectos controversiales o con el análisis de uno de los argumentos (puntos) planteados por la defensa⁽⁸¹⁾. El juez no puede obviar, escamotear o pasar por alto la justificación de cada uno de los puntos controvertidos, bajo sanción de nulidad expresa⁽⁸²⁾. Pese a la importancia de los

(81) Véase, la STC del Exp. N° 10168-2006-PA/TC, caso: Manuel Ernesto Custodio Poémape, quien recogiendo la motivación de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N° 475-2005) ha señalado que: "(...) al no haberse señalado correctamente los puntos controvertidos, de la revisión de autos se advierte que las sentencias de mérito han omitido pronunciamiento respecto de los argumentos de defensa esgrimidos por las partes, y aun cuando se advierte fundamentación en cada una de ellas, esta deviene en aparente por cuanto su pronunciamiento no cubre todas las aristas de la controversia (...). (fojas 5 del primer cuaderno)".

(82) La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 1833-2009 de fecha 3 de diciembre de 2009 ha precisado que: "La motivación debe comprender todos los puntos controvertidos, por lo que al no motivar en este aspecto, la sentencia atenta contra los incisos 3 y 4 del artículo 122° del Código Procesal citado, la que además constituye un derecho fundamental con arreglo al artículo 139°, inciso 5, de la Constitución Política, y por ello mismo, en la parte del fallo no lo involucra desde que este debe ser claro y preciso en cuanto a quiénes deben responder por los daños; incongruencia que se encuentra sancionada con la nulidad de la sentencia, en aplicación del inciso 6 del artículo 50° del ordenamiento Procesal Civil (...) la Sala Superior omitió pronunciarse sobre el cuarto punto controvertido, referido a la obligación que le corresponde a la empresa aseguradora, por lo que se ha incurrido en el supuesto de nulidad procesal precisado en el segundo considerando de esta sentencia suprema". En el mismo sentido, la Casación N° 3051-1999 (El Peruano 30/11/2000) cuando señala que: "Es nula la sentencia que omita pronunciarse respecto de todos los puntos controvertidos". También la Casación N° 3668-2002 del 9 de enero de 2003: "La obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales está contenida en el inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil y la observancia de dicho principio procesal implica un pronunciamiento que incida en todos y cada uno de los puntos en controversia, tal como lo regula el inciso 4 del citado artículo en el caso de autos, habiendo el A quo omitido pronunciarse respecto de uno de los puntos controvertidos, y no obstante que dicha omisión fue invocada por la actora como agravio el Colegiado Superior no cumplió con resolver tal extremo apelado, configurándose la afectación al

puntos controvertidos ello no quiere decir que el juez pueda desplegar una justificación más amplia y de mayor cobertura tomando en cuenta otros aspectos distintos y que se relaciona con la pretensión de las partes. En ese sentido, debe quedar claro que el deber de motivar las resoluciones judiciales puede ir (y de hecho va) más allá de los puntos controvertidos⁽⁸³⁾. No creemos correcto que se anule una sentencia por el solo hecho de pronunciarse sobre un punto no controvertido, sin que se haya justificado previamente si ello obedeció a que por optar por este camino la sentencia impugnada no se pronunció de manera adecuada por un punto controvertido⁽⁸⁴⁾. Sin embargo, una cosa distinta es que la sentencia se pronuncie sobre un punto controvertido en el que concurre un expreso desistimiento de una de las partes. Aquí el desistimiento reconocido por el juez hace innecesario cualquier pronunciamiento⁽⁸⁵⁾.

Los puntos controvertidos permiten al juez fijar el *thema decidendi*, delimitan lo que es materia de la controversia y el desarrollo de la

derecho del recurrente de acceder a un debido proceso, acarreado la nulidad de la sentencia de vista y de la apelada”; Casación N° 1663-2000 (El Peruano 30/01/2001); Casación N° 1921-2000-Lambayeque (El Peruano 30/01/2001).

(83) Véase, la Casación N° 838-2006-Lima de fecha 6 de octubre de 2006 en donde se establece que: “la fijación de un punto controvertido no impide ni limita al juzgador pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda y contestación no considerados, siendo su único límite el previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes”.

(84) Empero, así la Casación N° 463-96 de fecha 25 de setiembre de 1997 expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

(85) Véase, la Casación N° 1357-97A de fecha 26 de febrero de 1998 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al sostener que: “Al haberse desistido los demandantes de su pretensión subordinada referida a la determinación real de la deuda, petición que fue aceptada por el Juez, quedaron como únicos puntos controvertidos la nulidad del acto jurídico mencionado y la obligación por parte de los actores de indemnizar a los emplazados, por lo que el Colegiado, no debió haberse pronunciado respecto a la determinación real de la deuda, pues dicha pretensión ya no constituía un punto controvertido en virtud del desistimiento efectuado por los demandantes”.

actividad jurisdiccional⁽⁸⁶⁾. Su importancia y trascendencia se revela a través de lo siguiente: i) la admisión de los medios probatorios que se realiza una vez fijada la materia en discusión a través de un juicio de relevancia⁽⁸⁷⁾. En efecto, será relevante todo medio probatorio que sirve para acreditar los hechos y que es capaz de incidir en el resultado de la decisión judicial⁽⁸⁸⁾. La determinación o no de la pertinencia de un medio probatorio se logra en virtud de la fijación de los puntos controvertidos; ii) la actuación de los medios probatorios en el sentido de que los medios de prueba admitidos sirven para resolver los problemas planteados en los que existe desacuerdo entre las partes⁽⁸⁹⁾. La

(86) Por todos, ZVALETA RODRÍGUEZ, Roger, "Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional", en: *Athina*. Revista de Derecho editada por los estudiantes de la Universidad de Lima, p. 140.

(87) Véase, la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de Lima en el Exp. N° 1297-97 de fecha 4 de setiembre de 1997 en donde se señala que: "Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba".

(88) Véase, la Casación N° 401-98 (El Peruano, 02/02/2002) expedida por la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia: "Los puntos controvertidos tienen suma relevancia en el proceso, pues sobre ellos trata el objeto de la prueba. Como consecuencia de lo precedentemente se aprecia que no se han ordenado ni actuado las pruebas necesarias para desentrañar los puntos controvertidos, razón por la cual los montos mandados a pagar no se encuentran debidamente justificados, los cuales sí deben de estarlo, aun cuando las pruebas ofrecidas por las partes resulten insuficientes para producir certeza y convicción".

(89) Véase, la Casación N° 499-2003 de fecha 11 de mayo de 2004, emitida por la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia: "La fijación de los puntos controvertidos en el proceso cumple la función de orientar la actividad probatoria que permitirá al Juez examinar adecuadamente el fondo del asunto, de manera tal que su debido cumplimiento no consiste en transcribir la pretensión demandada, sino que el cabal cumplimiento del artículo 67° de la Ley Procesal del Trabajo, el cual indica qué aspecto actúa como límite entre las pretensiones de las partes, es decir, aquellos aspectos en los que puntualmente disienten las partes. Así en el presente caso los puntos controvertidos tienen relación con la fecha de ingreso del actor, la continuidad de la relación laboral, la validez formal y sustantiva de los contratos modales,

actuación procesal, en especial, la actuación de los medios probatorios (testimonios, documentos, pericias, inspección ocular, etc.) tiene como finalidad generar convicción en el juez y resolver los diversos problemas (fácticos) de la litis; iii) la valoración individual y conjunta de los diversos medios de prueba, ya que facilita la corroboración a través de la probabilidad preponderante o más allá de la duda razonable las afirmaciones y las hipótesis de las partes. La ponderación racional de los medios de prueba debe tomar como aspecto central la determinación de los puntos controvertidos a fin de resolver de manera satisfactoria la controversia. No es posible ni correcto cuestionar la valoración de la prueba sobre un aspecto o elemento que no ha sido fijado como punto controvertido⁽⁹⁰⁾; iv) la justificación de la decisión o la motivación de la resolución judicial debe tomar en cuenta de manera obligatoria los puntos sujetos a controversia. Toda justificación racional de una sentencia debe resolver de manera suficiente las pretensiones y los problemas que las partes lleven al órgano jurisdiccional.

La relevancia esencial de los puntos controvertidos en la solución de la controversia y su conexión con el deber de motivar las resoluciones judiciales ha sido destacada por la jurisprudencia peruana. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que: “La fijación de puntos controvertidos debe incluir todas las controversias entre las partes sobre los hechos relevantes para la solución de la litis. El auto que omite estos puntos es nulo”⁽⁹¹⁾. De igual manera, el TC peruano establece: “la recurrida ha incurrido en una grave omisión al atentar

sin cuyo examen razonablemente no es posible emitir un juicio con arreglo a derecho y al debido proceso, ya que estos aspectos están íntimamente ligados con las causales de nulidad de despido planteados en la demanda”.

⁽⁹⁰⁾ Véase, la Casación N° 3372-2006 de fecha 9 de mayo de 2007 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en donde se destaca que: “No se puede cuestionar el análisis de pruebas sobre un elemento que en sí no es punto controvertido, más aún si el recurrente participó de la audiencia de saneamiento y conciliación, en la que tenía la posibilidad de solicitar que tal extremo sea considerado como un punto controvertido”.

⁽⁹¹⁾ Véase, la Casación Laboral N° 001192-2003 de 15 de setiembre de 2004.

contra el principio de motivación clara de las resoluciones respecto a cada uno de los puntos controvertidos, pues no se ha pronunciado sobre ninguno de ellos planteados en la presente causa”⁽⁹²⁾.

Asimismo, la Corte Suprema ha considerado que: “El juez al fijar los extremos de la litis en la audiencia única se ha circunscrito esencialmente a resumir la peticiones y defensas propuestas por las partes, sin tener en cuenta que la fijación de los puntos controvertidos tiene una especial repercusión sobre el desarrollo del proceso, pues en función de ellos es que se orienta la actividad probatoria que permitirá luego al juez examinar con propiedad el fondo del asunto. En tal virtud el acto procesal de fijación de puntos controvertidos consiste en indicar en qué aspectos de hecho puntualmente ellas disienten”⁽⁹³⁾. La máxima instancia de la justicia ordinaria peruana también ha señalado que: “Existe vicio de nulidad en la sentencia pues la controversia radicaba en establecer la validez o no del nombramiento de la actora como servidora pública y la invalidez o no de la resolución que dejó sin efecto su nombramiento, conforme a su pretensión y la contestación de la demanda, así como la fijación de puntos controvertidos señalados en la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, extremos que no han merecido el análisis de fondo que correspondía”⁽⁹⁴⁾.

5. En el Código Procesal Penal, no se regula de manera expresa en la parte de la fundamentación de las resoluciones judiciales o en los requisitos de la sentencia –como sí lo hace la ley ritual del proceso civil– el hecho de que se deba motivar expresamente los puntos controvertidos por lo que sería posible entender que no es necesario en este ámbito cumplir con justificar dicho extremo en la resolución judicial.

⁽⁹²⁾ Exp. N° 992-2001-AA/TC, caso: Bacilio Cirilo Paulino: “Que, si bien correspondería exigir a la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima un nuevo pronunciamiento, considerando que mediante R.A. 192-2001-CE-PJ la referida Sala ha sido convertida en Sexta Sala Civil, corresponde a esta cumplir con la exigencia”.

⁽⁹³⁾ Véase, la Casación Laboral N° 000228-2006 del 4 de julio de 2006.

⁽⁹⁴⁾ Véase, la Casación Laboral N° 001753-2004 del 26 de abril de 2006.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en la redacción del art. 124°.3 del CPP establece que se podrá adicionar el contenido de la resolución judicial si se hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto, situación que refleja claramente que al legislador ordinario sí le resulta de singular importancia destacar la obligación de que se justifique la motivación de los llamados puntos controvertidos, ya que de otro modo no se hubiera tomado la molestia de permitir la posibilidad de adicionar dicho aspecto a la resolución judicial cuando faltase en su redacción inicial. Creemos que la fijación y adecuada motivación de los puntos controvertidos forma parte indiscutible de lo que debe entenderse como parte esencial de la noción de motivación suficiente, al margen de la especialidad, materia o la clase de resolución que debe fundamentarse. De igual forma, las materias controvertidas o en las que no hay consenso en las partes no solo es un elemento esencial de una clase de procesos —en este caso, los civiles— sino que es común y constituye la regla en toda clase de litigios, más aún si existe una parte que demanda, denuncia o acusa, y hay otra parte pasiva que contradice la pretensión formulada; de allí que sea necesario obligar a una justificación específica y adecuada en el extremo de los puntos controvertidos.

A ello se agrega que el artículo 395° del Código Procesal Penal cuando regula lo atinente a la redacción de la sentencia establece con total rotundidad que: *“Los párrafos se expresarán en orden numérico correlativo y referentes a cada cuestión relevante”*. A nuestro criterio, la referencia a cada cuestión relevante si bien tiene un sentido amplio y laxo debido a que alude no solo a los problemas objetivos que puedan existir al interior del proceso y que debe ser objeto de una rigurosa motivación y al hecho de que cada uno de los elementos del injusto penal deben quedar suficientemente acreditados, tanto en su faz objetiva y subjetiva, queda claro que no se puede soslayar que uno de los extremos esenciales que también queda cubierto por la llamada *“cuestión relevante”*, más allá de cumplir con un orden numérico correlativo, es justamente la fijación y adecuada fundamentación de los puntos controvertidos como obligación judicial insoslayable.

c) La fijación de la *ratio decidendi* expresa

1. Uno de los aspectos más importantes que ayuda a identificar si estamos o no ante una motivación suficiente es el determinar en cualquier resolución judicial la *ratio decidendi*. En efecto, en una decisión judicial no todos los argumentos ni todas las razones que se emplean tienen el mismo peso y significado objetivo en orden a la decisión. Existen razones esenciales, ya sean fácticas o jurídicas, y razones secundarias o accesorias que no abordan de manera directa la problemática del caso. Justamente, lo que permite hablar de motivación suficiente es advertir e identificar la *ratio decidendi* o las razones esenciales del fallo.

Se entiende por *ratio decidendi* el razonamiento explícito o implícito ofrecido por un juez que es suficiente para determinar un punto de derecho que es puesto en cuestión por los argumentos de las partes en un caso concreto; tratándose, además, de un punto en el cual su establecimiento general era necesario para la justificación de la decisión del caso⁽⁹⁵⁾. *Ratio decidendi* no es otra cosa que la “razón para decidir” que aplicada al ámbito jurisdiccional sería la razón o el conjunto de razones que tiene un tribunal para resolver un caso de una determinada manera⁽⁹⁶⁾. En un sentido amplio, se define a la *ratio decidendi* como una regla jurídica que resuelve una cuestión puesta en conocimiento del juez; regla, que según el principio de igualdad y universalidad, vincula al juez futuro.

(95) Cfr. MACCORMICK, Neil, *Argumentacao Jurídica e Teoria do Direito*, cit., p. 281. Próxima a esta definición se encuentra la de SARTOR, Giovanni, *il Precedente Giudiziale*, cit., p. 243: “La *ratio decidendi* es una regla universal implícita o explícita en un precedente judicial que se establece para fundar la solución en una cuestión jurídica relevante para la decisión de la causa”. Para una amplia y variada definición de *ratio decidendi*: CHIASSONI, Pierluigi, “il Precedente Giudiziale: tre esercizi di disincanto”, en: *Analisi e Diritto 2004* [A cura di P. Comanducci e R. Guastini], cit., pp. 82 y ss.

(96) Cfr. LEGARRE, Santiago Y RIVERA, Julio César, “Naturaleza y Dimensiones del ‘Stare Decisis’”, en: *Revista Chilena de Derecho*, V. 33, p. 119.

La *ratio decidendi* puede estar compuesta por una serie de argumentos que ya sea de manera individual o global son suficientes e idóneos para justificar la decisión; v. gr. los argumentos que se emplean para responder la pretensión de cada una de las partes o la necesidad de realizar la interpretación de las diversas normas concurrentes en la solución de la controversia⁽⁹⁷⁾.

2. En la determinación de la *ratio decidendi* es posible encontrar tres posibles interpretaciones de su sentido⁽⁹⁸⁾:

- i) *ratio decidendi* es la norma jurídica general [regla, principio, etc.] necesaria y fundamental para la resolución del caso⁽⁹⁹⁾ [*concepción normativa abstracta*]; de tal modo que, en sentido contrario, aquellas decisiones que no sean necesarias para la decisión son los *obiter dicta*⁽¹⁰⁰⁾ que ayudan a comprender el sentido de las resoluciones⁽¹⁰¹⁾;
- ii) *Ratio decidendi* es la norma jurídica general contextualizada que es utilizada por el juez para justificar la decisión de un caso. No se trata de tomar en cuenta la norma individual, sino otros argumentos que la sustentan y permiten la aplicación al caso concreto [*concepción normativa concreta*];
- iii) Por *ratio decidendi* se alude a cualquier elemento esencial de la argumentación jurídica que el juez utiliza para motivar y expresar los fundamentos de la decisión del caso [*concepción argumentativa*]⁽¹⁰²⁾. Es en este último sentido que aquí entendemos la noción *ratio decidendi*.

(97) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 268.

(98) Al respecto, CHIASSONI, Pierluigi, "Il Precedente Giudiziale: tre esercizi di disincanto" en: *Analisi e Diritto 2004* [A cura di P. Comanducci e R. Guastini], cit., p. 81; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "La Fuerza Vinculante del Precedente Judicial", en: *Isegoría*, N° 35, p. 195.

(99) Cfr. SÉROUSSI, Roland, *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*, cit., p. 28.

(100) Véase: ITURRALDE SESMA, Victoria, *El Precedente en el Common Law*, cit., p. 83.

(101) Cfr. SÉROUSSI, Roland, *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*, cit., p. 28.

(102) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "La Fuerza Vinculante del Precedente Judicial", en: *Isegoría*, N° 35, p. 195.

La *ratio decidendi* constituye una regla universal la cual establece un tratamiento típico, que no debe confundirse con la disposición o fallo de la causa. Se trata, además, de una regla de derecho. No es *ratio decidendi* la regla de la experiencia utilizada por el juez para solucionar la controversia. En buena cuenta constituye una regla necesaria para adoptar la decisión. Se excluyen, por tanto, de este ámbito las afirmaciones incidentales⁽¹⁰³⁾.

3. Según reconoce la doctrina, tal como se había descrito líneas arriba, la *ratio decidendi* puede ser *explícita* o *implícita*⁽¹⁰⁴⁾. La *ratio decidendi* explícita es aquella que de manera evidente y clara manifiesta las razones de la decisión; mientras que la *ratio decidendi* implícita es aquella cuyo sentido esencial se puede inferir u obtener de la resolución judicial como consecuencia de un proceso interpretativo, pues lamentablemente no todas las resoluciones judiciales pueden ser sustentadas en términos claros y precisos⁽¹⁰⁵⁾. Esta última es una *ratio construida* por el intérprete y se configura ante la ausencia de una formulación judicial expresa⁽¹⁰⁶⁾.

La *ratio decidendi*, si bien es una regla de derecho, dicha regla no puede ser establecida de manera arbitraria por parte del órgano jurisdiccional (constitucional, civil, penal, etc.) e impuesta porque sí, con base en un simple poder o en un simple, "porque así lo quiero". Como toda regla de derecho que nace de la solución de un caso —más aún si proviene del órgano constitucional o judicial— debe encontrarse suficientemente justificada, con buenos argumentos y razones. En buena cuenta cuando se habla de *ratio decidendi* —que no es otra cosa que la razón de la decisión—, debe haber el despliegue de argumentos que justifiquen la decisión adoptada y respalden su contenido. Resulta una contradicción entre los propios términos el hablar de *ratio decidendi*

(103) Cfr. SARTOR, Giovanni, *il Precedente Giudiziale*, cit., p. 239.

(104) Cfr. MACCORMICK, Neil, *Argumentacao Jurídica e Teoria do Direito*, cit., p. 108; LEGARRÉ, Santiago Y RIVERA, Julio César, "Naturaleza y Dimensiones del 'Stare Decisis'"; en: *Revista Chilena de Derecho*, V. 33, p. 119.

(105) Cfr. MACCORMICK, Neil, *Argumentacao Jurídica e Teoria do Direito*, cit., p. 106.

(106) Cfr. SARTOR, Giovanni, *il Precedente Giudiziale*, cit., p. 241.

y sostener al mismo tiempo que dicha *ratio* carece o no tiene razones, o lo que es lo mismo, que dichas razones no han sido expresadas. La *ratio decidendi* o el núcleo de la decisión necesariamente debe albergar no solo razones, sino buenas razones y argumentos de calidad. Por todo ello, la identificación de la *ratio decidendi* no es otra cosa que la precisión de las (buenas) razones y los (buenos) argumentos que sustentan, dan sentido y justifican una determinada decisión.

La *ratio decidendi* de un fallo –que es distinta a si se convierte luego en precedente vinculante, siempre y cuando el órgano jurisdiccional tenga competencias para ello, y si sirve como máxima para el enjuiciamiento y solución de casos futuros– no puede ser determinada en abstracto, de manera general y sin referencia objetiva alguna. Por el contrario, la *ratio decidendi* debe tener un correlato concreto y específico como respuesta a los problemas del caso que debe resolverse. En un Estado de Derecho donde el ejercicio y legitimidad de la jurisdicción pasa necesariamente por la aplicación de la ley al caso concreto, la *ratio decidendi* debe obedecer a las exigencias y a los problemas planteados por el caso, pues como toda regla jurídica debe basarse en criterios racionales y normativos necesarios para resolver la materia litigiosa.

4. La construcción y elaboración de la *ratio decidendi* debe responder a ciertos parámetros objetivos, sin los cuales sería imposible o, por lo menos, infructuoso su configuración. En primer lugar, debe tomar en cuenta los hechos del caso y las pretensiones de las partes que forman el objeto del proceso y el marco objetivo de la decisión judicial (o administrativa). Todo caso judicial, todo proceso nace a partir del relato y de las afirmaciones sobre la ocurrencia de ciertos hechos (positivos o negativos) sobre los que existen cierta evidencia que los acreditan o los niegan. Dichos hechos en la medida en que se los confronta con ciertas disposiciones normativas, generan situaciones de relevancia jurídica que da lugar a la configuración de derechos, expectativas o posiciones que requieren una adecuada determinación para la fijación de ciertas consecuencias jurídicas previstas por las normas. Justamente las afirmaciones sobre los hechos relevantes para el derecho pueden generar una o varias pretensiones entendiendo por pretensión la manifestación

de voluntad dirigida a un órgano jurisdiccional tendiente a hacer valer un derecho o que se cumpla con una obligación.

No puede haber legítimamente una *ratio decidendi* que no tome en cuenta los hechos del caso y las pretensiones de las partes. No es correcto jurídicamente que se pretenda construir una razón de la decisión en la solución de un caso al margen o en contra de los hechos planteados y de las pretensiones de las partes. La racionalidad mínima de una decisión judicial en el marco de un Estado de Derecho pasa obligatoriamente por respetar, atender y solucionar las pretensiones planteadas y los hechos que los sustentan.

Dentro de la fijación de la *ratio decidendi* es importante tomar en cuenta y analizar los problemas del caso que pueden ser problemas de relevancia, de interpretación, fácticos, probatorios o de calificación jurídica (subsunción legal). La *ratio decidendi* —que, insistimos, no se construye en el aire o de manera abstracta— debe responder adecuadamente al *tipo y clase de problema* que arrastra el caso concreto. Si bien en un supuesto dado se pueden presentar de manera aislada (o conjunta) cualquiera de los problemas descritos resulta crucial que se resuelva dichos problemas de manera adecuada y pormenorizada; de otro modo no podrá hablarse de motivación suficiente. Si, por ejemplo, el problema objetivo del caso es fáctico o probatorio, la resolución judicial deberá justamente abordar de manera suficiente la solución de este problema debido a que allí reside el nudo gordiano del mismo y no deberá detenerse en una excesiva fundamentación de la interpretación de la norma aplicable o en consideraciones dogmáticas no esenciales. De igual forma, si los problemas que el caso plantea son de tipo normativo (v. gr. interpretación o calificación legal) la motivación de la decisión, para que sea suficiente, deberá responder de manera adecuada y puntual a esta problemática y no detenerse in extenso en consideraciones probatorias que, si bien son necesarias, no reflejan el núcleo del problema por resolver.

Junto a la fijación y obligatoria respuesta de los problemas del caso también forma parte de la *ratio decidendi* el dar respuesta ex-

haustiva a los puntos controvertidos que las partes plantean en la solución del caso (ut supra).

La determinación de la *ratio decidendi* permite que el recurso interpuesto por la parte perjudicada se oriente de manera puntual a demostrar la inconsistencia, error de hecho o de derecho o la injusticia material de la decisión y solicitar que la misma sea revocada (total o parcialmente) por el órgano superior. Si bien el recurso se interpone en contra de una decisión desfavorable, el núcleo del medio impugnatorio debe incidir y atacar la *ratio* de la decisión⁽¹⁰⁷⁾.

5. Si bien en la doctrina se reconoce la existencia de la *ratio decidendi* implícita, creemos que si se quiere hablar de motivación suficiente, de modo necesario la *ratio decidendi* debe ser explícita y debidamente manifestada. Creemos que no es compatible con la suficiencia de la motivación el hecho de que las razones de la decisión se encuentren ocultas, en estado de latencia o simplemente no se pueda advertir de la simple lectura (o audición) del fallo⁽¹⁰⁸⁾. Las razones de la decisión, más aún las que son esenciales y determinantes, deben encontrarse debidamente justificadas y fijadas en el documento que registra la resolución judicial. Las razones ocultas, las razones implícitas, no es que sean malas o buenas razones, sencillamente no son razones; de tal manera que no pueden servir de sustento argumentativo del fallo. La *ratio decidendi* implícita, en la gran mayoría de casos, permite concluir que no se está ante una motivación suficiente.

Debe quedar claro que la abundancia de argumentación accesorio y que no abordan el núcleo del problema ni resuelven los puntos contro-

(107) Por todos, IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 788 y ss.

(108) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003, p. 41: "en el orden judicial el razonamiento que es tenido en cuenta es el que se manifiesta, es el que se expresa, es el que se comunica. El razonamiento consigo mismo, no manifestado, *in pectore*, no tiene relevancia en cuanto es reflexión que no se comunica".

vertidos, determina que la motivación no sea suficiente. La existencia de *obiter dicta* permite tal vez hablar de motivación, pero no de motivación suficiente. Una resolución puede tener largos considerandos y razones muy buenas, pero la argumentación de buen nivel, o buena a secas, no quiere decir que se esté necesariamente ante razones esenciales. También los *obiter dicta* están formados normalmente por buenas razones, aunque estas razones solo sirvan para acompañar o revestir de grandilocuencia al fallo. Es frecuente en la práctica sostener que tal o cual fallo registran razones, o que incluso que dichas razones son buenas o de gran nivel, pero una cosa es que las razones existan y que sean buenas y otra muy distinta que las razones sean *esenciales*, trascendentes o de crucial importancia en la justificación de la decisión adoptada y en el análisis de la materia problemática y controvertida. Por ello, debe quedar claro que la *ratio decidendi* debe estar compuesta por buenas razones o que las razones deben ser de calidad, pero, además, estas (buenas) razones deben ser cualitativamente relevantes y decisivas para el fallo, resolviendo los problemas planteados.

La doctrina, con razón, sostiene que los reclamos de claridad y precisión de los fallos se alcanzan en gran medida reduciendo al mínimo los elementos superfluos del discurso y las argumentaciones que no ayudan en nada a resolver los problemas y los puntos controvertidos planteados por las partes⁽¹⁰⁹⁾. En buena cuenta, hay que separar muy bien el tronco de las hojas y lo esencial de lo accesorio y lo accesorio de lo irrelevante. El juez debe focalizar su atención más en precisar y fortalecer la *ratio decidendi* del fallo que acompañar la argumentación con los *obiter dicta* a veces innecesarios.

d) La necesidad en materia penal de que se justifique cada uno de los elementos del injusto culpable y punible

1. En el campo penal, la motivación suficiente viene dada por la debida acreditación y justificación de todos y cada uno de los

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 383.

elementos del injusto penal, la culpabilidad y la individualización de la consecuencia jurídica.

En cuanto al injusto penal debe probarse de modo adecuado tanto la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del sujeto. Todo elemento del injusto penal, sea objetivo o subjetivo, debe ser materia de acreditación y justificación suficiente a nivel del proceso penal⁽¹¹⁰⁾. El Tribunal Supremo español ha señalado lo siguiente: “*por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarquen todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos*”⁽¹¹¹⁾. En efecto, la acreditación de todos y cada uno de los elementos del injusto culpable de cada delito en particular (v. gr. robo, homicidio, violación, cohecho, prevaricato, etc.) constituye el tema de prueba en el proceso penal⁽¹¹²⁾.

La actividad probatoria tendiente a acreditar los extremos de la acusación o la inocencia del ciudadano debe ser realizada de manera diligente por los sujetos procesales y por parte del Tribunal con la sola limitación del respeto de los derechos fundamentales, el debido proceso, y la pertinencia y utilidad en la generación de la prueba⁽¹¹³⁾.

La prueba planteada por las partes y por el Tribunal se debe extender a los enunciados fácticos básicos materia del proceso y a todas las circunstancias [agravantes y atenuantes] que se consideran portadoras de un significado jurídico propio⁽¹¹⁴⁾. Tanto los elementos constitutivos

(110) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], Milano, Giuffrè, 2004, p. 18; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia” en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 90 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Dos usos desviados de la ‘presunción de inocencia’”, en: *ADH*, Nueva Época, V. 7, T. I, p. 434.

(111) Véase, la Sentencia N° 790/2009. Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

(112) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., pp. 48, 52 y ss.

(113) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I, cit., p. 486.

(114) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988, p. 130.

de cada delito (tipo básico) como las circunstancias modificativas del injusto o de la culpabilidad han de ser probados rigurosamente en el proceso, más aún si se trata de circunstancias agravantes⁽¹¹⁵⁾. La consecuencia de la falta de prueba o la insuficiencia probatoria de un elemento constitutivo del delito lleva consigo la absolución, mientras que la falta de prueba o la insuficiencia de la misma en cuanto a la acreditación de una circunstancia agravante no impide la condena por el tipo básico y la absolución por la no concurrencia del elemento cualificado⁽¹¹⁶⁾.

2. La prueba de la existencia de un elemento del delito es gobernada por la regla de juicio que tiene un significado unívoco: la carga de la prueba le corresponde al que acusa, que es quien tiene la responsabilidad de vencer dicha presunción⁽¹¹⁷⁾. La prueba debe recaer en los hechos introducidos por la fiscalía y que apoyan el ejercicio

(115) El TC peruano en la sentencia del Exp. N° 01010-2012-PHC/TC, caso: Carlos Alberto Ruiz Moreno ha señalado que: “se advierte que los jueces emplazados no han cumplido con la exigencia constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, se aprecia que la sentencia en cuestión no contiene una motivación fáctica y normativa, sustentada con medios de prueba sobre los elementos constitutivos del delito de robo agravado, esto es, si el actor ha realizado la conducta imputada, y si ello se produjo mediante el concurso de dos o más personas, a efectos de que puedan ser subsumidos en el tipo penal de hurto agravado (sic), previsto y sancionado por el artículo 189° inciso 4 del Código Penal; no obstante ello, la Sala superior emplazada de manera declamativa ha llegado a la conclusión de que se ha probado fehacientemente la responsabilidad penal de don Carlos Alberto Ruiz Romero en la comisión del delito de robo agravado; de lo que se colige que se ha producido la violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en conexión con la libertad individual. Siendo así, la demanda debe ser estimada”. Dicha sentencia considera que hay una motivación fáctica defectuosa, por no precisar la prueba en la que se basa, al examinar la afirmación de la Sala superior de que el demandante era: “Quien conocía de la resolución criminal de su co-acusado Tasayco Espejo, es decir, estos previamente concertaron voluntades repartiendo funciones para realizar satisfactoriamente el evento delictivo”.

(116) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 52.

(117) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], cit., p. 17; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “La causalidad. ¿Una solución procesal para un problema dogmático?”, en: *ADPCP*, T.XLIX, Fasc. III, septiembre-diciembre 1996, p. 987.

de la pretensión punitiva. La prueba de cargo es aquella que recae sobre los enunciados fácticos fijados en el proceso y sobre el nivel de intervención de cada uno de los autores y partícipes en el hecho⁽¹¹⁸⁾. La exigencia de prueba de cargo y la titularidad de la misma que corresponde al Ministerio Público es de rango constitucional y deriva del principio de la presunción de inocencia o también llamado el principio de presunción de la no culpabilidad, el cual rige hasta que haya sentencia definitiva, consentida y ejecutoriada.

La prueba de la culpabilidad no puede ser de cualquier grado o rango. Una prueba mínima, débil o insignificante no está en condiciones de enervar la presunción de inocencia. Por el contrario, se requiere de una prueba suficiente, de entidad y cualitativamente significativa. La absolución no solo depende de que el hecho no exista, que el imputado no lo haya cometido, que el hecho no constituya delito, que no se encuentre previsto en la ley como delito, sino que ella aparece también cuando la prueba es insuficiente. El *in dubio pro reo* es una regla que trata de resolver una situación de incertidumbre esencial (duda razonable) en la determinación de cualquier elemento configurador de la pena⁽¹¹⁹⁾ (injusto culpable).

3. Pese a la importancia de la prueba en materia penal y en particular respecto a la acreditación de cada uno de los elementos del injusto culpable, la doctrina penal tanto sustantiva como procesal han prestado escasa atención a este ámbito⁽¹²⁰⁾. La dogmática penal no ha

(118) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 52 y ss.: "la prueba debe recaer sobre los hechos en los que se apoya la pretensión punitiva (hechos constitutivos), que no son otros que los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, esto es, la realización del hecho delictivo y su comisión por el acusado".

(119) Cfr. MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], cit., p. 18.

(120) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La causalidad; ¿Una solución procesal para un problema dogmático?", en: *ADPCP*, septiembre-diciembre 1996, p. 979: "La conexión entre la teoría y la práctica del derecho y la superación de barreras innecesarias entre ambas es una cuestión permanente, vinculada en lo esencial a la elaboración de teorías con miras a la decisión".

mostrado mayor interés en desarrollar y fijar criterios plausibles acerca de la prueba de los elementos del delito en sus distintos niveles de la estructura estratificada del delito, creyendo que dicha tarea compete desarrollarla a la ciencia procesal. Por su parte, los procesalistas no se han interesado en establecer puentes y vínculos entre los planteamientos siempre fructíferos de la teoría de la prueba con los diversos y específicos elementos del delito (tipicidad objetiva, subjetiva, anti-juridicidad, culpabilidad, entre otros), generándose en la práctica una situación de abandono en puntos tan medulares de la ciencia penal. Todo ello a despecho de que como indica Ramón Ragués: “*debe afirmarse que las reglas de prueba desempeñan un importante papel político-criminal de delimitación del ámbito de lo punible y que, por tal razón, es muy necesario que la ciencia –ya sea procesal o penal– trate de teorizar sobre ellas*”⁽¹²¹⁾.

Constituye una tarea pendiente en el discurso jurídico penal, el establecer un puente entre la teoría de la prueba y su relación con los elementos de la teoría del delito. Con todo, ha de quedar claro que todos y cada uno de los elementos del delito deben ser materia de rigurosa comprobación en el proceso, sin distinguir si se trata de elementos objetivos o subjetivos.

4. La doctrina y jurisprudencia comparada distinguen dos clases de hechos constitutivos que forman parte de toda conducta delictiva: los *hechos externos* y los *hechos internos*⁽¹²²⁾. Los hechos externos son aquellos que se revelan a partir de la ejecución de un delito y que realizan parcial o completamente los elementos objetivos del tipo penal; mientras que los hechos internos son los que se relacionan con el elemento subjetivo de la conducta (dolo o culpa), con la capacidad

(121) RAGUÉS I VALLES, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en: *REJ*, N° 4, Año 2004, p. 17.

(122) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 217: “Afirmar que un sujeto ha obrado con intención, por ejemplo de dar muerte no es, pues, formular un juicio de valor, sino de realidad”; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 55; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 67 y 69.

de culpabilidad (imputabilidad) del sujeto o con determinadas tendencias o aspectos anímicos (v. gr. las referencias legales a la intención de ocultar o facilitar un delito, el ánimo de lucro, etc.)⁽¹²³⁾.

Los hechos externos, de manera amplia, son los acontecimientos que se presentan en la realidad, ya sea con la intervención humana (hechos humanos) o sin la intervención del hombre (hechos naturales). En ocasiones los hechos externos no aparecen definidos de manera puramente fáctica, sino que su sentido depende de una definición jurídica o su relación con un criterio legal⁽¹²⁴⁾. Desde el punto de vista del Derecho penal, los hechos externos son aquellos que suponen la ejecución de una conducta humana que genera una determinada configuración del mundo social y que por lo general crean un riesgo (como también lo puede disminuir) a un concreto bien jurídico (v. gr. vida, libertad, patrimonio, etc.).

Los hechos externos pueden tener un sentido real (conducta comisiva), entendido como voluntad objetivada que supone una modificación del mundo, o un sentido puramente normativo (omisión) en donde al autor o partícipe se le reprocha el no realizar la acción esperada y ordenada por el derecho. La omisión, según entiende la doctrina absolutamente mayoritaria, no significa normativamente no hacer nada, sino no hacer algo determinado⁽¹²⁵⁾ jurídicamente exigido⁽¹²⁶⁾; de otro modo, no se podría diferenciar la omisión de la inercia⁽¹²⁷⁾. La omisión es un concepto relacional, porque siempre está vinculada a una acción positiva. No existe omisión en sí, sino

(123) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 55.

(124) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 69.

(125) Cfr. JESCHECK, HANS y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* [Trad. de Miguel Olmedo Cardenete], Granada, Comares, 2003, p. 662.

(126) Cfr. WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]* [Trad. de Conrado Finzi], Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 213.

(127) Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, Padova, Cedam, 4ª ed., 2001, p. 137.

una omisión de una acción determinada⁽¹²⁸⁾. La omisión penalmente relevante resulta impensable sin la presencia de una norma jurídica que impone el deber jurídico de actuar⁽¹²⁹⁾.

5. El primer elemento del delito que debe probarse en el proceso penal es la tipicidad de la conducta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. La tipicidad representa la puerta de entrada para analizar la relevancia jurídico-penal de la conducta⁽¹³⁰⁾. Por esta razón, es que se afirma que la búsqueda de la verdad procesal supone la búsqueda de la verdad típica⁽¹³¹⁾.

La acreditación y motivación de la tipicidad objetiva pasa, por ejemplo, en los delitos de resultado por probar:

- i) La realización o ejecución de una conducta concreta y específica, ya sea activa u omisiva, que se exterioriza. En el Derecho penal de un Estado Constitucional, no se sanciona ni se castiga los meros pensamientos ni la esfera interna del sujeto. Rige aquí el principio del *cogitationem nemo partitur*. Al Estado solo le interesa la acción efectivamente ejecutada y materialmente producida. La intención, la voluntad no es relevante, sino solo en la medida en que sirva para explicar la naturaleza y significado del hecho. Ferrajoli precisa que: “*La separación entre Derecho*

(128) Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal [PG] I* [Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti], Buenos Aires, Hammurabi, 2005, 13/1, p. 452; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán* [Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 277.

(129) Cfr. MANTOVANI, FERRANDO, *Diritto Penale [PG]*, cit., p. 137 para quien: “El deber convierte la inercia en omisión”.

(130) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 113.

(131) Por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 125: “la búsqueda de la verdad procesal es también una búsqueda de la verdad típica, pues el resto, ciertamente, no interesa”; HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, cit., p. 28; PASTOR ALCOY, Francisco, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 180.

y Moral es un logro del pensamiento liberal por el cual no todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del Derecho penal imponer la moral en virtud a la autonomía ética de la conciencia que reclama la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y más aun de un derecho natural a la inmoralidad”⁽¹³²⁾. Como bien apunta también Welzel: “la energía criminal no se muestra en los pensamientos delictivos, sino en la transformación en un hecho real”⁽¹³³⁾.

- ii) La relación de intervención del delito, ya sea en su calidad de autor (autor directo, coautor o autor mediato) o partícipe (instigador o cómplice) fijando el concreto aporte y contribución al hecho cometido. **Autor directo** es aquel que ejecuta la acción típica por sí mismo y que por ello posee “el dominio de la acción”, referido a la realización de todos los elementos del tipo. El *autor mediato* es quien realiza el tipo penal, no ejecutando el hecho de propia mano, sino por intermedio de otra persona, que obra ya sea sin tipicidad objetiva o subjetiva, o amparado por una causa de justificación o inculpabilidad. En la *coautoría*, varios agentes comparten el dominio del hecho en la fase de su realización (ejecución)⁽¹³⁴⁾.

El CP peruano reconoce dos formas de participación: la instigación y la complicidad. La instigación es determinar⁽¹³⁵⁾ o motivar⁽¹³⁶⁾ dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso. Por tanto, instigador es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión dolosa de un ilícito penal⁽¹³⁷⁾. La

(132) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, cit., p. 481.

(133) Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 258.

(134) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José, *El Dominio del Hecho en la Autoría*, cit., p. 110.

(135) Cfr. JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 957; Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 166.

(136) Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*, [Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson], Buenos Aires, Astrea, T. I, 51/1, p. 435.

(137) Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal*, Núm. 877, cit., p. 264; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 166.

complicidad se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro⁽¹³⁸⁾ o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro⁽¹³⁹⁾ que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

- iii) La producción del resultado o un evento determinado que aparece bajo la forma de lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido o como un daño (real o potencial) al objeto de la acción. El delito supone la afectación de un interés social y jurídicamente valioso. No basta la mera intención ni la sola conducta. Es necesario que haya un determinado resultado (de lesión o de peligro);
- iv) La relación de causalidad⁽¹⁴⁰⁾ y la imputación objetiva de la conducta tanto en lo que se refiere a la creación de un riesgo como su concreción en el resultado y la exigencia que el evento se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma penal. La relación de causalidad es un elemento imprescindible de los tipos penales de resultado⁽¹⁴¹⁾. En los

(138) Véase, JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 962; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*, 52/1, p. 452; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, cit., p. 169.

(139) Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 170.

(140) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La causalidad; ¿Una solución procesal para un problema dogmático?", en: *ADPCP*, T. XLIX, Fasc. III, septiembre-diciembre 1996, p. 992: "la comprobación de la causalidad como elemento del tipo requiere una base en principios de experiencia, y, en tanto su averiguación sea más compleja, en conocimientos científicos aportados al proceso". En el caso del delito de blanqueo de capitales, véase: BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", en: *RECPC*, N° 13, 2011, p. 21: "Ya nos hemos manifestado en otro lugar en el sentido de que la conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser blanqueados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él. En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están 'contaminados'".

(141) Cfr. ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, cit., p. 105;

delitos comisivos, el nexo causal es el fundamento de la imputación al tipo objetivo al constituir el primer presupuesto para su realización⁽¹⁴²⁾. Si bien su importancia en los últimos años ha cedido en cuanto al interés y nivel de discusión a la imputación objetiva⁽¹⁴³⁾, su valor sigue siendo indiscutible, en la medida en que permite establecer que la propia persona es el responsable del evento dañoso⁽¹⁴⁴⁾, y que da lugar al postulado de que: “Nadie puede ser penado por la producción de un hecho que no ha sido causado por él”⁽¹⁴⁵⁾. Al aceptarse que el fin del

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, cit., p. 297; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, cit., p. 52; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal [PG]*, T. I, 18/4, p. 306; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. PG*, cit., pp. 66 y 69; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Qué es la Imputación Objetiva?, en: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1990, p. 213; del mismo autor, “Causalidad, Omisión e Imprudencia”; en: *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 194. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, Lima, Editorial Cusco, 1990, p. 317.

(142) Cfr. ROXIN, CLAUDIUS; *Derecho Penal* [Trad. de Diego Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal], Madrid, 1997, 11/1, pp. 346 y 350: “La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal”; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 69: “Con la comprobación de la causalidad, sin embargo, se ha establecido el presupuesto más elemental y el límite externo de la responsabilidad penal”; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]*, cit., p. 52: “En los delitos de resultado la existencia de la relación causal es el presupuesto más importante, pero no el único, de la imputación del resultado”. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, cit., p. 317.

(143) Para una explicación de las razones histórico-culturales y jurídicas del deterioro del dogma causal: TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización”, en: *RPDJP*, Lima, Grijley, 2001, N° 2, pp. 591 y ss.

(144) Ampliamente, STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell'innocente e la Tutela delle Vittime*; Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2003, p. 222.

(145) Por todos, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización”, en: *RPDJP*, N° 2, pp. 589 y 600, quien afirma que: “en el concepto de causalidad cabe ver a nuestro juicio una garantía supraconstitucional y jurídico penal fundamental”; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, cit., p. 297: “El Derecho penal aspira a la conservación de

proceso penal es buscar la verdad como requisito indiscutible para construir una decisión justa, resulta lógico exigir que esa verdad se ajuste a las leyes o parámetros del mundo real.

La imputación objetiva permite establecer si conforme a ciertas reglas y principios se puede imputar a una persona el resultado como obra suya⁽¹⁴⁶⁾. Esta teoría sirve para restringir la responsabilidad derivada de la mera causación del resultado⁽¹⁴⁷⁾ y, además, constituye un requisito implícito del tipo, en especial en los delitos de resultado⁽¹⁴⁸⁾. Hasta hace poco el estudio de la causalidad agotaba el análisis del tipo objetivo⁽¹⁴⁹⁾. Hoy se ve complementada por los criterios normativos y las contribuciones de la teoría de la imputación objetiva.

6. Sin embargo, no solo los elementos del tipo objetivo deben encontrarse adecuadamente probados y justificados, sino que también los elementos que componen el tipo subjetivo, en especial, el dolo debe acreditarse y motivarse de manera exhaustiva⁽¹⁵⁰⁾. En efecto, la

bienes jurídicos haciendo responsable a quien los menoscaba. De ello resulta que alguien cuyo comportamiento *no* ha contribuido al quebranto del objeto del bien jurídico tampoco puede ser castigado”.

(146) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 11/1, cit., p. 345; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, cit., p. 297; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Compendio de Derecho Penal [PE]*, Vol. I, p. 67. Para GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Qué es la Imputación Objetiva?, en: *Estudios de Derecho Penal*, cit., p. 212, la teoría de la imputación objetiva reúne una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad que habían deambulando por otras categorías del delito.

(147) Cfr. JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, cit., p. 298; PÉREZ ALONSO, Esteban, *Derecho Penal. PG* [Director: José M. Zugaldía Espinar], cit., p. 444.

(148) Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. PG*, cit., p. 376; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ¿Qué es la Imputación Objetiva?, en: *Estudios de Derecho Penal*, cit., p. 212. En la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. PG*, cit., p. 322.

(149) Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 11/36, cit., p. 362; JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, cit., p. 307.

(150) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia”, en: *La impugnación de los hechos probados en la*

discusión sobre el dolo, independientemente de la perspectiva que se asuma, pasa necesaria e ineludiblemente en el terreno procesal por una adecuada prueba y motivación en la resolución judicial, ya sea cuando se lo afirma y sostiene o cuando se lo niega⁽¹⁵¹⁾ [v. gr. Concurrencia del error de tipo]. Uno de los principios básicos del Derecho penal de un Estado Constitucional es el principio de responsabilidad subjetiva por el cual no puede haber responsabilidad ni pena sin que previamente haya una conducta dolosa o culposa; de tal manera que se exige a nivel de la sentencia penal la verificación como hecho probado de la dimensión subjetiva del delito a fin de lograr una adecuada subsunción de la conducta en el injusto típico concreto⁽¹⁵²⁾.

El juez (o el fiscal) debe justificar de modo obligatorio el tipo subjetivo, esto es, debe dar razones de por qué considera una conducta como dolosa⁽¹⁵³⁾, realizando una rigurosa actividad probatoria tendiente a determinar su estructura y contenido⁽¹⁵⁴⁾. Ello se debe a que el dolo es un elemento constitutivo del tipo penal⁽¹⁵⁵⁾ que tiene

casación penal y otros estudios, cit., p. 97; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 58.

(151) Véase, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N°666-2003 de 4 de mayo de 2004 que declara la nulidad de la resolución superior por no haber razonado sobre el sustento fáctico y probatorio del dolo y la culpa.

(152) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 70; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., pp. 58 y 65.

(153) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad"; en: *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 273; MONER MUÑOZ, Eduardo, "El Dolo y su control en el Recurso de Casación", en: *Elementos subjetivos de los tipos penales* [Dir: José Jiménez Villarejo], cit., p. 146; GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. I, p. 69. En la doctrina peruana: PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal [PE]*, T. I, cit., p. 75.

(154) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, p. 405; GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, T. I, cit., p. 69.

(155) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, Bologna, Zanichelli, 4ª ed, 2002, p. 313; RAMOS TAPIA, María Inmaculada, *Derecho Penal. PG* [Director: José M. Zugaldía Espinar], cit., p. 512.

un peso por lo menos igual a cualquier otro elemento del delito, y, en particular, del tipo penal. Respecto a la acusación, el dolo no representa un elemento de inferior importancia en orden a su demostración procesal⁽¹⁵⁶⁾. Incluso, se llega a sostener que tratándose del criterio principal y más severo de imputación subjetiva, las exigencias de justicia material reclaman que una correcta política de derecho obliga a la acusación a su acreditación del modo más riguroso posible⁽¹⁵⁷⁾. Su demostración o no en el proceso y en particular en la sentencia, entronca con la vigencia del principio constitucional de culpabilidad y el respeto a la dignidad de la persona humana. Con ello, se cumple con la exigencia que todos los presupuestos de punibilidad –entre los que se encuentra el dolo– deben obligatoriamente probarse⁽¹⁵⁸⁾, pues de otro modo la sentencia carecería de validez y las leyes penales cumplirían meramente una función simbólica.

En la prueba del dolo, el juzgador debe tomar en cuenta en la medida de lo posible todos los indicios concurrentes⁽¹⁵⁹⁾, que nunca

(156) Cfr. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, cit., p. 334.

(157) Por todos, ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, T. I, Milano, Giufrè editore, 2ª ed., T. I, 1995, art. 43/41, p. 448.

(158) Cfr. VOLK, Klaus, “Concepto y Prueba de los elementos subjetivos”, en: *RPDJP*, N° 3, p. 423.

(159) En este sentido: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 197; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual”; en: *ADPCP*, cit., p. 418; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal”, en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, Lima, Grijley, 2005, p. 155; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Entre el Homicidio y las lesiones”, en: *RPCP*, N° 5, p. 208; ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, 12/48, cit., p. 439; HASSEMER, Winfried, “Los Elementos Característicos del dolo”, en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, cit., p. 146. En la doctrina italiana: DOMENICO, Pulitanò, *Commentario Breve al Codice Penale* [Alberto Crespi - Federico Stella - Giuseppe Zuccala], cit., p. 190; MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale [PG]*, cit., p. 197; CANESTRARI, Stefano, “La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”; en: *RPDJP*, N° 4, Lima, Grijley - Instituto Peruano de Ciencias

son cerrados⁽¹⁶⁰⁾, debe evaluar todo el curso de los acontecimientos⁽¹⁶¹⁾, valorar un *cúmulo ordenado* de indicadores⁽¹⁶²⁾, o, por lo menos, los más relevantes que le permitan alcanzar la decisión respecto a si la persona actuaba o no con dolo⁽¹⁶³⁾. La valoración de los indicadores, supone –como es lógico– también la ponderación

Penales, N° 4, 2003, p. 89; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, cit., p. 331, quien señala que el órgano judicial debe tener en cuenta todas las circunstancias que puedan asumir un valor sintomático a fin de acreditar el dolo. Véase también la resolución de fecha 24 de noviembre del 2004 expedida por la Primera Sala de Reos en cárcel recaída en el Exp. N° 306-2004; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y Presunción de inocencia*, cit., p. 66.

(160) Cfr. HASSEMER, Winfried, “Los Elementos Característicos del dolo”, en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, cit., p. 150; CANESTRARI, Stefano, “La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, en: *RPDJP*, N° 4, cit., p. 89; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Entre el Homicidio y las lesiones”, en: *RPCP*, N° 5, cit., p. 208.

(161) Cfr. ROXIN, Claus, “Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo”, en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, cit., p. 173.

(162) Cfr. HASSEMER, Winfried, “Los Elementos Característicos del dolo”, en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, cit., pp. 144 y 148; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*. PG, Lima, Ara Editores, 2004, p. 305. Críticamente: HRUSCHKA, Joachim, “Sobre la difícil prueba del dolo” [Trad. de Ramón Ragués], en: *RPDJP*, Lima, Grijley - Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003, p. 159.

(163) Véase, como un bien ejemplo de ello la sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el R.N. N° 2493-97 de 24 de setiembre de 1997 en la que se valoran de manera global en la prueba de un homicidio una serie de indicadores: “en el caso concreto el acusado ha actuado con ‘animus necandi’, para pretender ocultar su delito, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) la dirección y el número de disparos: disparó dos tiros al cuerpo de Fernández Carrero y uno de ellos le impactó en la región hipogástrica; b) su adiestramiento en el manejo de armas de fuego: era un miembro de la policía al momento de los hechos; c) las circunstancias conexas con la acción: había sido descubierto por Fernández Carrero, cuando violaba a su hija Francisca Fernández Quintos y d) la actividad anterior al delito: momentos antes de producirse los hechos habían sido obligados, estos últimos, por el acusado a salir de su domicilio bajo amenazas de muerte”.

de los contraindicadores⁽¹⁶⁴⁾ que deben obtenerse de la situación de peligro dada⁽¹⁶⁵⁾ o de las características externas y sociales del comportamiento del sujeto⁽¹⁶⁶⁾. Se debe evitar la consideración aislada de un solo indicador⁽¹⁶⁷⁾.

La valoración *arbitraria e irracional* de las máximas de la experiencia y de la prueba de indicios respecto al dolo vulnera las exigencias

(164) Cfr. ROXIN, Claus, "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, cit., pp. 174 y 179; del mismo autor; *Derecho Penal*, 12/62, cit., p. 447 quien alude a la *ponderación general y controlada de los indicios*; HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, cit., pp. 145 y 154.

La jurisprudencia peruana ha valorado una serie de contraindicadores, por ejemplo para descartar la tentativa de homicidio señalando que: "Al comprobarse que el inculpado solamente buscó lesionar a la víctima, teniendo en cuenta el número de disparos, la distancia en que se realizaron, el tipo de arma utilizada y no originar su muerte, debe absolverse de la acusación de tentativa de homicidio" [*La sentencia recaída en el Exp. N° 597 - 97 del 5 de junio de 1998 emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaraz*]; véase, ROJAS VARGAS, Fidele INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Catorce Años de Jurisprudencia sistematizada*, cit., p. 88.

(165) Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale*, cit., p. 335; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, cit., p. 335, para quien las circunstancias que ayudan a acreditar el dolo no pueden ser apriorísticamente determinadas por el derecho positivo.

(166) Cfr. CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *RPDJP*, N° 4, p. 82. De modo distinto: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, cit., p. 404.

(167) Cfr. ROXIN, Claus, "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, cit., p. 178; HASSEMER, Winfried, "Los Elementos Característicos del dolo", en: *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, cit., pp. 148 y 127: "Una teoría del dolo esquemáticamente objetivada solo puede ser exacta cuando el indicador externo representa completamente aquello que precisamente debe reflejar; cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción [...]".

constitucionales de la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo* y también el deber de motivar las resoluciones judiciales⁽¹⁶⁸⁾.

La acreditación del dolo pasa por el siguiente camino: a) el juez debe probar los hechos o indicadores objetivos de los que se infiere el comportamiento intencional o doloso [conocimiento del peligro concreto]; b) se debe demostrar por qué los indicios más que ser meras conjeturas o sospechas permiten inferencias absolutamente racionales o compatibles con las máximas de la experiencia que prueban el dolo y descartan la culpa; c) se debe motivar el proceso racional que lleva a mostrar cómo el juez entiende que se ha probado este elemento subjetivo⁽¹⁶⁹⁾.

No constituye motivación suficiente en la prueba del dolo, o de cualquier elemento subjetivo, el afirmar que el conocimiento se infiere claramente, o de manera inequívoca, de las diversas circunstancias del hecho. El órgano judicial debe dar acabada cuenta y explicitar en qué consisten efectivamente dichas circunstancias. Ello, incluso, en los casos aparentemente más obvios. No se acepta tampoco, por tanto, la motivación implícita o la motivación por remisión, ya sea que el juez se remita a la acusación o a la resolución incidental que resuelve, por ejemplo, la excepción de naturaleza de acción en donde justamente se alega la falta del elemento subjetivo.

7. En el marco de la justificación racional en materia penal, debe también acreditarse la existencia de antijuridicidad, cuya probanza es de carácter negativo en el sentido de que se debe examinar si hay o no de modo concurrente una causa de justificación; v. gr. legítima defensa, estado de necesidad justificante, actuar en cumplimiento de un deber, consentimiento, entre otras. La determinación de si media o no la antijuridicidad de la conducta no depende de que exista o no un problema a manera de punto controvertido en el que se cuestiona

(168) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, cit., p. 197; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal", en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, cit., p. 150.

(169) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *ADPCP*, cit., p. 407.

o discuta su existencia. Su acreditación es necesaria, aunque nadie la cuestione ni haya un problema objetivo a su alrededor. Esta exigencia es palmaria y de suma relevancia en las sentencias de primera instancia y adquiere su máxima expresión cuando se trata de una cuestión controvertida por la defensa del imputado.

El examen de la antijuridicidad de la conducta no solo sirve para dar por probada —con la fundamentación subsiguiente— la eventual concurrencia de una causa de justificación, sino también de una causa de justificación incompleta que determina una atenuación en el marco tanto abstracto y concreto de la determinación de la pena.

8. También es indispensable acreditar y justificar la culpabilidad del sujeto, examen que pasa —como en el caso de las causas de justificación— por el análisis de si concurre una causa de inculpabilidad; v. gr. miedo insuperable, estado de necesidad exculpante o error de prohibición vencible o invencible. Su examen es necesario al margen de si se plantea como punto controvertido por la defensa o, incluso, por la fiscalía. Creemos que si no se presenta una cuestión controvertida sobre la culpabilidad del sujeto, la sentencia penal condenatoria debe expresar con claridad este hecho. Aquí la motivación breve, concisa, también puede llegar a ser motivación suficiente.

9. Finalmente, es necesario para cumplir con las exigencias de la motivación suficiente que se justifique de manera adecuada y exhaustiva la imposición de la(s) consecuencia(s) jurídicas de carácter penal (v. gr. clase de pena y cuántum de la pena) como sí se impone eventualmente las consecuencias accesorias en caso la sentencia sea de carácter condenatorio. La regla de que toda restricción, limitación o privación de derechos fundamentales debe estar justificada de manera exhaustiva encuentra su mayor peso y relevancia en aquellos casos en donde se afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales y en especial si se afecta la libertad personal.

La doctrina penal comparada está con acuerdo de exigir una mayor carga argumentativa (motivación reforzada o especial) en los casos de determinación judicial de la pena, como contenido y exigencia

específica de las sentencias condenatorias⁽¹⁷⁰⁾. Hay aquí una evidente conexión entre el principio de proporcionalidad, la afectación de los derechos fundamentales y el deber de motivar las decisiones judiciales⁽¹⁷¹⁾. La determinación judicial no solo tiene que ver con cuestiones de legalidad ordinaria, sino que posee una profunda raigambre constitucional en cuanto luego de la declaración de hechos probados, se pasa a determinar la magnitud e intensidad de la afectación de la libertad personal (derecho fundamental)⁽¹⁷²⁾.

(170) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Problemas de la determinación judicial de la pena”, en: *La Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, cit., p. 114; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*, cit., p. 271.

(171) La STC recaída en el Exp. N° 06358-2008-PHC/TC, caso: Azalea Esmeralda García Zegarra establece que: “Asimismo, es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales (Cfr. Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, caso Llamoya Hilarés, fundamento 18), y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación. Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave del derecho a la libertad personal como el mandato de detención, este Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva (Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 18)”.

(172) Véase, la sentencia de la Vocalía Suprema de Instrucción recaída en el Exp. N° 13-03 de fecha 11 de diciembre de 2007 (Caso: Alberto Fujimori Fujimori): “Su concreción tiene que ver no solo con cuestiones de legalidad ordinaria, sino con el respeto de garantías y principios constitucionales de la administración de justicia como es el deber de motivar las resoluciones judiciales (inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política)”.

El TC peruano en uno de los primeros casos de control sobre la motivación de la determinación judicial de la pena ha señalado que: “*En el caso de autos, atendiendo a que se trata de una sentencia que condena al recurrente a una pena de cadena perpetua, la grave intervención en los derechos del condenado que comporta esta sanción penal acrecienta los deberes de motivación del órgano jurisdiccional que impone la pena como del que la confirma*”⁽¹⁷³⁾ (las cursivas son nuestras). También la jurisprudencia ordinaria de la Corte Suprema se ha ocupado de manera plausible de esta problemática al señalar que: “En un Estado de Derecho respetuoso de la vigencia de los derechos fundamentales, en especial de la libertad personal, tan importante a veces como la misma declaración de culpabilidad es la precisión del *tantum* motivado de la pena concreta, especialmente cuando se trata de una pena privativa de libertad. Incluso, para esta Vocalía la obligación de motivación en la determinación judicial de la pena la entendemos adscrita al deber de motivación ‘reforzada, especial o cualificada’, toda vez que la intervención en los derechos fundamentales, en especial la libertad personal, reviste la máxima intensidad y el mayor grado de aflictividad, de tal manera que se impone por parte del Juzgador el máximo esfuerzo posible de fundamentación”⁽¹⁷⁴⁾.

(173) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 06358-2008-PHC/TC, caso: Azalea Esmeralda García Zegarra.

(174) La sentencia de la Vocalía Suprema de Instrucción recaída en el Exp. N° 13-03 de fecha 11 de Diciembre del 2007 (Caso: Alberto Fujimori Fujimori) ha precisado que: “Al trasladarse la aplicación de dichas exigencias a la declaración de culpabilidad y la determinación de la pena, se tiene que si constitucionalmente se exige una motivación especial, reforzada –o de una motivación más estricta, en palabras del Tribunal Constitucional– cuando se impone una medida cautelar –sometida al principio de provisionalidad–, con mayor razón (a fortiori) se deberá exigir cuando se aplica de manera definitiva una sanción que restringe el ejercicio de un derecho fundamental, tal como ocurre la pena privativa de la libertad. De otro modo, el ordenamiento constitucional se encontraría ante una paradoja: exigiría una motivación especial cuando impone una medida provisional (mandato de detención) y se prescindiría de ella cuando se está frente a una sanción definitiva. El imputado como la sociedad tienen derecho a conocer por qué se impone una clase de pena y no otra y, sobre todo, tratándose de una pena privativa de libertad, las razones por las que se escoge una concreta dosis de pena dentro del marco penal abstracto fijado por el legislador”.

En otra ocasión, en una sentencia discutible, el TC peruano ha considerado que debe haber una motivación específica en los casos que el juez decida aminorar la pena al estimar que: “cuando el juez establece la pena en un proceso penal, lo que constituye una potestad discrecional, en tanto se mantenga dentro de los márgenes correspondientes a los extremos de la pena, pero además, la fijación de la misma debe encontrarse debidamente motivada; *esta exigencia resulta mayor cuando el juez considera que se encuentra en situaciones en los que es posible aminorar la misma, en donde resulta que la reducción de la misma, debe contar con la exposición de las razones que la sustentan*”⁽¹⁷⁵⁾.

La motivación suficiente comprende no solo los aspectos fácticos o probatorios, sino también los aspectos jurídicos referidos a la calificación jurídica de los hechos. Constituye en grave error el considerar que la motivación suficiente solo está dada bien por la motivación de los hechos o bien por la motivación de la labor de subsunción de manera aislada; ambos elementos conforman de manera unitaria e indisoluble la noción de motivación suficiente⁽¹⁷⁶⁾.

V. LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE NO REQUIERE NI SUPONE ARGUMENTOS ABUNDANTES

1. Una larga y extensa motivación, abundante en argumentos, puede ser a la postre una justificación insuficiente debido a que la calidad de la fundamentación no depende del número de argumentos

(175) Exp. N° 05085-2009-PA/TC, Caso: Corporación José R. Lindley.

(176) Véase, en el mismo sentido la Casación N° 1280-04-Lima (El Peruano, 28/02/06) cuando estima que: “La motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o *in jure* (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma)”; Casación N° 888-04 Lima (El Peruano, 28/02/06).

y de la diversidad de los razonamientos expuestos, sino de su calidad, suficiencia, completud y significación objetiva de los mismos. La motivación suficiente no necesariamente se corresponde o guarda relación con una determinada extensión de la fundamentación de las resoluciones (judiciales o administrativas).

Motivación suficiente no es igual ni equivale a motivación extensa o a fundamentación prolija. EL TC peruano ha precisado que: *“La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa”*⁽¹⁷⁷⁾. La máxima instancia de la justicia constitucional ha señalado que la motivación debe en la medida de lo posible mejorar: *“la técnica de redacción de las sentencias y resoluciones en general, que permitan no solo mayor transparencia, sino que den a la ciudadanía mayor confianza en la función trascendente que la Constitución confía a los jueces. En este sentido, la doctrina suele reclamar no solo ‘abundancia’ en los argumentos sino, sobre todo, racionalidad en su elaboración”*⁽¹⁷⁸⁾.

Con razón se ha señalado que no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial; de tal manera que no hay un contenido previo y a priori respecto a la extensión de la justificación del fallo. También una motivación lacónica o breve puede cumplir con la exigencia de motivación suficiente. Por lo tanto, la extensión de la motivación solo es un indicio contingente, nunca decisivo ni central, para evaluar si determinada motivación es suficiente o no.

La motivación suficiente no se opone ni entra en contradicción con la fundamentación breve, sucinta, concisa y clara del discurso

⁽¹⁷⁷⁾ Exp. N° 1230-2002 HC, caso: Tineo Cabrera; Exp. N° 6840-2006-PHC/TC, caso: Carlos Javier Rojas Bardales; Exp. N° 9430-2005-PHC/TC, caso: Gladis Magdalena Arhuiz Romo; Exp. N° 02141-2007-PHC/TC; caso: Franz Solon García Céspedes; Exp. N° 7731-2006-PHC/TC, caso: Luis Antonio Barboza Rioja y otros; Exp. N° 03495-2010-PHC/TC, caso: Ytalo Edgar Loza Capatinta.

⁽¹⁷⁸⁾ Voto singular en la STC recaída en el Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda.

justificativo⁽¹⁷⁹⁾; ni quiere decir tampoco que se adopte un modelo más complejo de argumentación. Se recuerda que el ser conciso no significa decir poco, sino solo decir lo necesario. Incluso, se insiste en que la tendencia en nuestros países de escribir motivaciones largas es una práctica que refleja una cultura equivocada⁽¹⁸⁰⁾. Algunas leyes procesales determinan como característica (debida) de la sentencia el hecho de que la motivación deba ser **precisa**, tal como ocurre con el Código Procesal Civil (art. 121). Se habla aquí de la *motivación esencial* como único modelo legal de motivación⁽¹⁸¹⁾.

La precisión en la elaboración de las diversas resoluciones judiciales que deben justificarse (autos y sentencias) requiere primero captar y aprehender de manera adecuada cuáles son los problemas relevantes planteados por las partes, los aspectos controvertidos esenciales y la específica cuestión que reclama una respuesta y solución. Si es que no se capta el problema que encierra la petición concreta, el núcleo de la misma y las cuestiones que se deducen en ese sentido no se puede tener la necesaria y lógica precisión en la elaboración del documento judicial. Si no se acierta en el diagnóstico es muy difícil que se puede acertar en la corrección del tratamiento y la solución del caso.

Una vez que se identifica y detecta el problema es necesario pasar a resolver y dar una respuesta adecuada. En la precisión de la respuesta y la solución satisfactoria despliega un papel descollante el adecuado dominio de la dogmática jurídica de la especialidad (constitucional, civil, penal, administrativa, etc.), el conocimiento del diverso material

(179) Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 314 y ss.; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 164. En el caso del derecho administrativo: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2006, p. 98: "la motivación sucinta es una consecuencia inevitable del tráfico administrativo, que es normalmente un tráfico en masa incompatible con más exigentes requerimientos".

(180) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 153.

(181) Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 920.

normativo que puede ayudar y contribuir a una solución de acuerdo a las fuentes reconocidas por el ordenamiento jurídico como una buena formación en teoría del derecho o en la argumentación jurídica⁽¹⁸²⁾.

El adecuado dominio de la dogmática jurídica, la teoría del derecho y la argumentación jurídica sirven como instrumentos y técnicas valiosas que no solo permiten lograr una mayor precisión en la solución del problema, sino que bien utilizadas auxilian a que los fallos puedan obtener niveles altos de claridad, sobre todo si es que acompaña el uso adecuado del lenguaje y del empleo de las reglas sintácticas y semánticas que le son propias.

El hecho de que exista una motivación parca, concisa o que las razones del fallo sean discutibles o existan voces disidentes que objetan la fundamentación fáctica, la valoración de la prueba o la justificación del derecho aplicado o sencillamente no se comparta la decisión (la parte resolutive) no quiere decir que automáticamente se esté ante una resolución arbitraria⁽¹⁸³⁾.

2. Toda motivación compatible con la Constitución y la ley debe paulatinamente abandonar las motivaciones pletóricas, las que se encuentran cargadas de *obiter dicta*, las que recogen una serie de discusiones doctrinales muchas veces innecesarias, adoptando en su lugar un modelo más simple de motivación, pero que respete las

(182) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 153: "el conocimiento de las técnicas y de los esquemas de argumentación más usuales es, como cabe suponer, de gran utilidad para argumentar con claridad y con eficacia".

(183) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., pp. 143 y 144, para quien la motivación supone que la misma deba ser comprendida por los ciudadanos, aunque no pueda ser compartida por todos ellos; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos", en: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, cit., p. 186; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, cit., p. 48, quien recuerda que los argumentos de la decisión pueden ser discutibles, pero siempre deben ser razonables.

pretensiones planteadas y las alegaciones de las partes. Como refiere atinadamente TARUFFO: “El problema no es, sin embargo, el de una reducción cuantitativa de las motivaciones o, por lo menos, este es su aspecto secundario, contra lo que muchas veces se afirma, sino el de una transformación cualitativa de la estructura de la motivación, que puede ser clara como precisa, además de completa”⁽¹⁸⁴⁾. En dicha línea, IGARTUA apunta: “Una argumentación maciza no va unida necesariamente a una parrafada extensa; así que no equivoquemos una cosa con la otra (...) una motivación racionalmente sustanciosa puede caber en una formulación concisa; así como una motivación kilométrica puede encubrir una motivación huera”⁽¹⁸⁵⁾. Los retóricos antiguos acotaban que en la elocuencia lo que abunda daña.

Lamentablemente, en la práctica jurisdiccional se constata –y los ejemplos más graves provienen de la justicia constitucional peruana (v. gr. caso CANTUARIAS SALAVERRY, MOSQUERA IZQUIERDO)– una permanente preocupación por inclinarse por una motivación excesiva y por el fenómeno de inflar permanentemente la motivación con referencias superabundantes respecto a cuestiones que nada tienen que ver con la materia controvertida, con los puntos sometidos a discusión y en los que hay una absoluta preferencia por los *obiter dicta* antes que por la adecuada fijación de la *ratio decidendi*. Se trata en buena cuenta, parafraseando a TARUFFO, de motivaciones excesivas en el plano

(184) TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 382: “las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la decisión”; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 203; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 219: “sería mucho más correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que la decisión –en especial en materia de hechos– sea plenamente comprensible, en el porqué y en su alcance. En este punto, dado el margen de libertad con que opera, juega un papel de primer orden la honestidad intelectual del juez”.

(185) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 94.

retórico e incompletas en el plano racional⁽¹⁸⁶⁾. Se pasa por alto que no se debe confundir la complejidad de la estructura argumentativa con la amplitud expositiva⁽¹⁸⁷⁾.

3. La problemática de la motivación abundante o amplia trae una serie de preguntas y problemas relevantes. Por ejemplo, hay quienes critican y reprueban dicha práctica y otros que se atreven a dar un paso más y catalogan a la motivación abundante como un serio vicio e, incluso, patología de la motivación.

Dentro de los que critican de manera dura y severa la motivación abundante se encuentra el profesor Manuel Atienza quien enfila su reproche, tildándola de equivocada, debido a lo siguiente: “a) incrementa las oportunidades de cometer errores; b) hace más difícil la identificación de los elementos esenciales de las sentencias; c) exige recursos de tiempo de los que nadie dispone; d) Imposibilita su posible utilización con fines pedagógicos; e) Pone en grave riesgo el funcionamiento de un sistema de precedentes”⁽¹⁸⁸⁾.

Desde el punto de vista de la argumentación jurídica y de disciplinas afines, como la retórica, se observa que la motivación abundante, excesiva y amplia se opone a la concisión del discurso y a los criterios adecuados del uso de los diversos argumentos que demandan siempre precisión. Sin perjuicio de ello se añade que la motivación abundante normalmente incurre en el vicio lógico de la tautología, o de la redundancia, que no es otra cosa que repetir, tanto formal o materialmente, aspectos ya expuestos en el discurso⁽¹⁸⁹⁾. La tautología es la repetición de un mismo pensamiento a través de diversas expresiones.

(186) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 383.

(187) Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 314.

(188) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 153.

(189) Cfr. LANZA, Luigi, “La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare”, en: *Incontro di studio sul tema: “La motivazione della sentenza penale”*, Roma, 14-16 settembre 2009, p. 45.

La redundancia, más que responder a una determinada estructura y a una simple exposición de ideas tiene que ver con el estilo de quien escribe. No es algo aleatorio, sino intencional y normalmente buscado. Sin embargo, la precisión o la redundancia debe analizarse caso por caso, en cada sentencia, en cada decisión concreta. El que en muchas resoluciones se justifique de manera precisa no significa que siempre se tenga esa cualidad como el hecho de que una persona cuando escribe tienda a ser redundante no quiere decir que siempre incurra en este vicio.

Para algunos autores la motivación de la sentencia, y de toda resolución judicial, pletórica y redundante, es una forma de motivación inútil y superflua⁽¹⁹⁰⁾. Desde el punto de vista lógico y de la experiencia, la abundancia de información lejos de ser una cualidad valiosa acaba por ser un problema, que vuelve a veces la argumentación confusa, demasiado amplia, difícilmente manejable y hasta sofocante para el lector. Por ejemplo, ello ocurre cuando en la sentencia se pretende dar cuenta de todas las incidencias procesales acontecidas, las actuaciones promovidas por las partes y de todo lo ocurrido en el proceso. No se distingue entre lo esencial, lo relevante y lo superfluo, sino que se pasa a informar de manera detallada como si todo lo actuado fuera de igual importancia.

La abundancia en la motivación, cuando no refleja una actitud narcisista y ególatra de su autor, pretende que el lector se introduzca en un laberinto de ideas, fijas y concentradas en un documento, no siempre rigurosas y profundas, sino superficiales y que muchas veces ni siquiera vienen al caso.

Pese a todo, se debe destacar que la motivación abundante por ese solo hecho no constituye un vicio que genera automáticamente la nulidad o la invalidez del fallo⁽¹⁹¹⁾. La motivación excesiva solo afecta la regla de estilo como la norma legal referida a la necesaria precisión

(190) Véase, LANZA, Luigi, "La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare", en: *Incontro di studio sul tema: "La motivazione della sentenza penale"*, Roma, 14-16 settembre 2009, p. 45.

(191) Cfr. DI BENEDETTO, Giorgio, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 18.

de las razones de la decisión (art. 121° del CPC; art. 349°,1,b del NCPP). La jurisprudencia italiana ha establecido que la argumentación abundante de la sentencia: “no es susceptible de impugnación en sede de legitimidad (...) si la disposición se ha fundado en una correcta argumentación cuyo carácter principal lo absorbe” (Sentencia del 11 de enero del 2002, N° 317).

En este contexto, consideramos necesario apuntar algunas ideas que pueden servir para mantener una posición equilibrada respecto a planteamientos extremos y posturas aparentemente irreconciliables.

En primer lugar, la abundancia en la fundamentación no es en sí un vicio o una patología de la motivación que deba criticarse en todo momento. En realidad, lo único censurable es que la fundamentación amplia –como toda clase de motivación, entre la que se incluye la fundamentación sucinta– no aborde y no resuelva los problemas planteados por las partes en el proceso o no analice ni solucione pormenorizadamente los puntos controvertidos que se deducen. Toda motivación que no resuelva los problemas ni los puntos controvertidos es un claro ejemplo de motivación aparente, al margen de su extensión o amplitud. El concepto de motivación –como el caso de la motivación suficiente– es un concepto funcional que se relaciona con la necesidad de respuesta adecuada a los problemas planteados y sobre todo a los puntos controvertidos.

En segundo lugar, si bien en ocasiones una extensa fundamentación del fallo se justifica por la complejidad del problema, por tratarse de un caso difícil o por los puntos controvertidos planteados dicha extensión debe radicar básicamente en la *ratio decidendi* y no en los *obiter dicta*. Resulta sumamente criticable que se enfatice más en la argumentación de las razones accesorias o complementarias al fallo que en la precisión y desarrollo prolijo de la(s) razón(es) esenciales del mismo.

En tercer lugar, debe haber la prevención adecuada para identificar (y censurar) los casos de motivación abundante como también los casos muy frecuentes en los que se incurre en el vicio de *falsa precisión* por el cual tras la apariencia de una resolución concisa y parca se esconde una inadecuada y falsa concreción del problema

planteado⁽¹⁹²⁾. La falsa precisión también constituye un vicio de la argumentación que debe ser combatido y criticado severamente. En efecto, no toda precisión es tal ni encierra siempre una calidad de razones. La información indispensable que requiere un fallo judicial es aquella información que sirve y es útil para la decisión⁽¹⁹³⁾.

En cuarto lugar, debe distinguirse la argumentación excesiva y la decisión excesiva respecto al objeto del proceso. La argumentación excesiva no genera más problemas que de calidad de estilo, de infracción a deberes legales que no acarreen nulidad alguna; mientras que la decisión excesiva supone –al margen de la amplitud de la motivación– ir más allá del objeto del proceso y de lo debatido por las partes y en la que se expide una decisión *ultra petita*. Las decisiones excesivas pueden ser, incluso, compatibles con las argumentaciones parcas o breves y si son esenciales determinan la nulidad del fallo.

VI. LOS CRITERIOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS DE LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE

Desde la perspectiva del control de la motivación, la motivación suficiente puede merecer dos perspectivas distintas que le asignan un contenido variable.

La primera perspectiva que posee una notable raigambre tuitiva de los derechos fundamentales destaca por evaluar la motivación desde una óptica constitucional en el sentido de comprobar si la justificación cumple con estándares mínimos y aporta razones elementales que permiten justificar el razonamiento seguido en la solución del caso. No se trata de examinar la completud o la minuciosidad de argumentos en la sentencia o auto, sino más bien en analizar si la resolución ha cumplido con aportar *criterios mínimos o básicos* que determinen la solución del caso.

(192) Por todos, ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 166 y ss.

(193) Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., pp. 315 y 920.

Se entiende por motivación suficiente el mínimo que debe cumplir la justificación del órgano judicial o administrativo para que se acepte como válida y existente al interno del ordenamiento jurídico, la misma que puede ser controlada tanto por los órganos superiores como también vía constitucional a través de una acción de garantía⁽¹⁹⁴⁾. No se trata de una exigencia especial o de establecer un determinado grado de motivación de las resoluciones, sino más bien de fijar un contenido mínimo o de condiciones elementales que derivan ya sea de la ley o de la Constitución, y que permite cubrir las exigencias del caso concreto⁽¹⁹⁵⁾. El TC peruano ha sentado la siguiente doctrina: “En el específico supuesto de la motivación suficiente, esta no implica en modo alguno la expresión de abundantes argumentos para la solución de un caso, sino aquello mínimo indispensable para adoptar tal decisión”⁽¹⁹⁶⁾. Dentro de esta perspectiva, la suficiencia de la motivación constituye un concepto intermedio entre la motivación completa y la motivación inexistente⁽¹⁹⁷⁾.

La segunda perspectiva se desarrolla tomando en cuenta la labor que realiza la jurisdicción ordinaria acerca de la motivación de las resoluciones. Aquí el examen de la motivación comprenderá dos aspectos: i) la determinación de si se ha violado o no el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, situación que en este ámbito coincide con el análisis constitucional de la motivación; y, ii) la comprobación de si se han respetado los estándares legales fijados en la ley o en la normatividad correspondiente que, sin afectar el núcleo constitucional

(194) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., pp. 350 y 349: “El concepto de motivación suficiente surge como una válvula de escape para salvar y aceptar todas aquellas motivaciones que no contenían una completa justificación de la decisión”.

(195) Cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 164: “La motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”.

(196) Exp. N° 04579-2008-PA/TC, caso: Caja de Pensiones Militar Policial.

(197) Por todos, COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 350.

del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, suponga incurrir en algún vicio o defecto de la motivación.

Aquí la motivación suficiente implica un determinado grado, intensidad o nivel de la motivación, la cual debe contar con una determinada cualificación para cumplir con el estándar de motivación suficiente. No basta el cumplir con ciertas condiciones mínimas o elementales, ni solo basta que haya una referencia precisa a los argumentos de hecho o de derecho. Resulta indispensable que la motivación revista una determinada entidad y un significado distinto y mayor que la simple motivación, ya que de otro modo no se podrá hablar de justificación suficiente, sino que bastaría llamarse motivación.

VII. LAS REGULACIONES SECTORIALES Y SU INFLUENCIA EN LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE

1. No se descubre la pólvora ni se sostiene algo escandaloso cuando se afirma que si bien existe una única regulación constitucional del deber de motivar las resoluciones (judiciales, administrativas, fiscales), las diversas leyes sectoriales no siempre imponen las mismas exigencias en la fundamentación de las resoluciones, y en especial, de las sentencias, no tanto en lo que respecta a las condiciones de validez de las mismas —que posee un entroncamiento constitucional indiscutible—, sino en cuanto a la fijación de los requisitos que sirven para establecer distintos grados de suficiencia⁽¹⁹⁸⁾ (legal). Desde nuestra óptica, la noción de motivación suficiente no solo es un problema que se relaciona con el principio de razón suficiente, y con el contenido constitucionalmente mínimo que debe guardar una resolución para ser considerada como válida, sino también con la regulación legal correspondiente que fija determinadas condiciones y exigencias particulares para que la motivación pueda ser considerada como suficiente desde el plano legal.

2. El Código Procesal Civil regula las clases de resoluciones judiciales clasificándolas en sentencias, autos y decretos (art. 120°),

(198) Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 135.

señalando que los decretos cumplen la función de simple trámite y de impulso procesal y los autores resuelven la admisibilidad o el rechazo de la demanda entre otros actos procesales⁽¹⁹⁹⁾ (art. 121°). La sentencia es la resolución que pone fin al proceso y a la instancia que supone un pronunciamiento expreso, preciso y motivado sobre la cuestión controvertida en la que se declara como regla el derecho de las partes o excepcionalmente contiene una decisión sobre la validez de la relación procesal.

Más allá de los requisitos de forma (v. gr. La indicación del lugar y fecha en que se expiden; o el número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden) y de la estructura de la sentencia (que deberá albergar una parte expositiva, considerativa y resolutive) toda resolución judicial, salvo los decretos, debe contener, siguiendo el mandato constitucional, los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los fundamentos de derecho, siendo indispensable aquí la cita de la norma o normas aplicables, según lo actuado en el proceso (art. 122°, inc. 3). Respecto al contenido de la resolución judicial se exige la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos (art. 122°, inc. 4).

La motivación de las resoluciones judiciales no solo es una garantía de la administración de justicia, sino un deber de los jueces (art. 50°, inc. 6). El incumplimiento del deber de motivar las resoluciones judiciales posee una consecuencia jurídica clara y precisa que es la sanción de nulidad (art. 50°, inc. 4). La ley procesal establece los requisitos que debe contener una resolución judicial (autos y sentencias), prescribiendo que el incumplimiento de cualquiera de los mismos acarrea la nulidad de la resolución. La ley procesal civil –a diferencia de otras leyes procesales peruanas– prescribe la obligación, que puede entenderse como motivación suficiente en este orden

(199) También los autos sirven para resolver la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

procesal, que la resolución judicial resuelva y justifique todos y cada uno de los puntos controvertidos acarreando su violación también la sanción de nulidad. En efecto, ni el Código Procesal Penal ni la Ley General de Procedimiento Administrativo establece como deber el que se resuelva todos los puntos controvertidos y que se justifique los mismos de manera adecuada.

La ley procesal civil regula los supuestos de responsabilidad civil de los jueces, señalando que se presume que el juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando el magistrado dicta una resolución que contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio (art. 510°, inc. 1), emita una resolución sobre la base de fundamentos insostenibles o resuelva en discrepancia con el Ministerio Público en temas en los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme (art. 510°, inc. 1).

3. Por su parte, el Código Procesal Penal prescribe también el deber de motivar todas las resoluciones judiciales, conectando su vigencia con la de otros principios constitucionales (v. gr. presunción de inocencia -art. II del TPCPP-).

De manera semejante a la Constitución y la ley procesal civil, el Código Procesal Penal prescribe que las resoluciones, según su objeto pueden ser decretos, autos y sentencias (art. 123°). Se ordena que toda resolución judicial, salvo los decretos, deberán contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso (art. 123°). La ley regula en algunos casos los autos que deberán ser motivados; v. gr. el auto que ordena la reserva de la identidad del agente encubierto (art. 341°.4), el que decide la admisión (o inadmisión) de medios probatorios, cuya resolución por tenor expreso de la norma deben ser "*especialmente motivado*" (art. 155°), la resolución que rechaza la querella (art. 460°).

El Código Procesal Penal prescribe que las medidas limitativas de derecho solo podrán ser dictadas por la autoridad judicial mediante resolución debidamente motivada, sustentándose en suficientes elementos de convicción en atención a la naturaleza y finalidad de la

medida y al derecho fundamental objeto de limitación (art. VI del TPCPP). De manera específica, se ordena que el auto de prisión provisional será motivado y deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables (arts. 26°2, 271°)⁽²⁰⁰⁾. Asimismo, se impone la obligación de fundamentar la incomunicación de la prisión provisional (art. 265).

Los requisitos de la sentencia en materia penal son regulados expresamente (art. 364°). Junto a los datos e información que identifica al Juzgado, juez, partes, y los datos del acusado (inc. 394°.1) se exige la individualización y enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado (fijación de hechos y pretensiones). Asimismo, se requiere la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique (art. 394°, inc. 3). Por su lado, la fundamentación jurídica deberá contener la precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo (art. 394°, inc. 4). Finalmente, se indica que la parte resolutive contendrá la mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito (art. 394°, inc. 4).

De manera específica y loable se fijan también por separado y de manera independiente los requisitos de la sentencia absolutoria y condenatoria. La sentencia absolutoria debe contener la existencia o

⁽²⁰⁰⁾ **Artículo 271° Audiencia y resolución.**

“3. El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes”.

no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal (art. 398°), entre otros aspectos. Por su lado, la sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Si se impone una pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país (art. 399°).

La ley procesal permite que el juez corrija los errores materiales o numéricos de la resolución (art. 124°, inc. 1) y admite la posibilidad de que el juez en cualquier momento pueda aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto (art. 124°, inc. 2). Si bien la norma permite de manera abierta, en cualquier momento, la posibilidad de aclarar y adicionar parece que dicha facultad solo puede ejercerse hasta que el juez tenga competencia y de modo restrictivo hasta antes de la presentación de un medio impugnatorio, si lo hubiera, ya que de otro modo se abriría la posibilidad de que el juez o el Tribunal haciendo uso de su facultad de adicionar pueda emplearla para rebatir o cubrir los vacíos o los defectos de la resolución emitida.

El cuerpo normativo que se comenta no solo se limita a exigir que determinados actos procesales (autos y sentencias) deban ser motivados. También lleva dicha obligación a las resoluciones del Ministerio Público como son las disposiciones y requerimientos, los cuales deben bastarse a sí mismos y no deben remitirse a las decisiones del juez, ni a las disposiciones o requerimientos anteriores (art. 64°). Se

regula expresamente que la acusación fiscal deberá ser motivada (art. 349°) de la misma manera que los casos de entrega vigilada. También impone la obligación de motivación del informe policial que deberá contener los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, declarando expresamente que dicho informe se abstendrá de calificar jurídicamente los hechos y de imputar responsabilidades (art. 332°). Asimismo, se establece que el contenido del informe pericial oficial (art. 178°.d) debe ser motivado.

4. La Ley de Procedimiento Administrativo también regula la motivación de los actos administrativos.

Dicho cuerpo normativo considera expresamente que la decisión motivada y fundada en derecho en un principio que forma parte del debido procedimiento administrativo (art. IV del TP). La motivación constituye, junto a la competencia, objeto y finalidad pública, del acto administrativo una condición de validez del mismo (art. 4°), el cual debe justificarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

La motivación en el campo del derecho administrativo debe tener una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (art. 6°.1). Expresamente, la ley establece que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto (art. 6°.3).

La ley administrativa permite y autoriza la motivación por remisión interna cuando señala que puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto (art. 6°.2).

Expresamente se consagra como actos que deben tener una obligatoria motivación el rechazo de una denuncia que debe ser motivada y comunicada al denunciante, si estuviese individualizada (art. 104°.1), la adopción de medidas cautelares cuando se lleven a cabo por autoridad competente y se posea elementos de juicio suficientes (art. 146°.1) y el rechazo de medios probatorios propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios (art. 163°.1).

Si bien desde el punto de vista constitucional y legal, la motivación es la regla de toda resolución judicial y de todo acto administrativo, la ley prevé una serie de actos que como excepción no requieren de motivación, entre los que se cuenta: i) las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento (art. 6°.4.1.); ii) cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros (6.4.2.); iii) cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única (6.4.3); iv) los conflictos de competencia entre autoridades de un mismo sector son resueltos por el responsable de este, y los conflictos entre otras autoridades del Poder Ejecutivo son resueltos por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante decisión inmotivada (art. 86°.2).

Se impone una regla de celeridad en el caso que sea idéntica la motivación de varias resoluciones, se autoriza al uso de medios de producción en serie, siempre que no lesione las garantías jurídicas de los administrados; sin embargo, se considerará cada uno como acto independiente (art. 148°.5). En el caso del régimen de los actos de administración interna, la motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista (art. 7°.1).

Si los actos administrativos son declarados nulos, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa (art. 12°.2).

Llama la atención que la Ley de Procedimiento Administrativo considere que los actos administrativos no se encuentran afectados por vicios trascendentes y, por tanto, opera el principio de conservación del acto por lo que procede la enmienda por la autoridad emisora en los siguientes casos: i) su contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación (art. 14°.2.1); ii) el acto es emitido con una motivación insuficiente o parcial (art. 14°.2.2). A diferencia de la legislación procesal civil en donde se declara que el incumplimiento del deber de motivación acarrea la nulidad, en caso que no haya motivación o la misma sea insuficiente, la ley de procedimiento administrativo reconoce que los casos de insuficiencia de la motivación no dan lugar a la nulidad del acto, sino que el acto se conserva y puede ser subsanado por la propia autoridad emisora. Por una interpretación *a contrari*, creemos que los casos de falta absoluta de motivación (ya sea fáctica o jurídica) no da lugar a la conservación del acto, sino que debe conducir a la declaración de la nulidad del mismo.

Se ha de destacar que la Ley General de procedimiento administrativo considera como una falta administrativa que puede acarrear la sanción administrativa de amonestación, suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, el hecho de que se resuelva un caso sin motivación. Creemos que la motivación que puede generar la sanción administrativa son los casos de motivación inexistente o los casos de motivación insuficiente no subsanada; ello en atención a que la motivación insuficiente o parcial solo constituye un vicio no trascendente del acto administrativo.

5. El Código Procesal Constitucional regula también los requisitos que debe tener la motivación de las sentencias constitucionales. En primer lugar, se debe identificar tanto al demandante (art. 17°, inc. 1) como a la autoridad, funcionario o persona que produce la amenaza o la violación del derecho constitucional o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo (art. 17°, inc. 2). Asimismo, la sentencia deberá contener la determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida

(art. 17°, inc. 3), la fundamentación que conduce a la decisión adoptada (art. 17°, inc. 4) y la decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto (art. 17°, inc. 5).

La sentencia de hábeas corpus fundada (art. 34°) deberá contener: i) la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; ii) que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; iii) que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o, iv) que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

Por su lado, la sentencia que declara fundada la acción de amparo (art. 55°) deberá contener lo que sigue: i) identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; ii) declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; iii) restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; iv) orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

Por su parte, la sentencia de la acción de cumplimiento (art. 72°) deberá tener los siguientes requisitos: i) la determinación de la obligación incumplida; ii) la orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir; iii) el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días; iv) la orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso a efectos de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

VIII. LA MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

La *motivación insuficiente* supone que la justificación, ya sea cuando emplea criterios factuales o jurídicos (o, incluso, ambos a la vez) no guarda proporción ni con la complejidad, naturaleza y características de la materia controvertida. En estos casos existe motivación, pero no la suficiente, o la que el caso requiere o necesita, situación que está al margen de la valoración de si la decisión es justa o no o si se solucionó la controversia de modo satisfactorio y conveniente.

La motivación insuficiente bien puede predicarse del juicio de hecho o del juicio de derecho. Puede ocurrir que no exista una adecuada individualización de los hechos o que el marco fáctico de la pretensión (penal o civil) no se encuentre configurado. Asimismo, es posible que la motivación insuficiente recaiga en la valoración probatoria, ya sea porque solo se hace un listado de la prueba (v. gr. se hace referencia genérica a la prueba de cargo) sin justificación mayor del contenido de las mismas, su conexión y relación con los hechos o sin especificar el peso y el valor determinado que se les asigna en el fallo correspondiente⁽²⁰¹⁾. También puede ocurrir que el vicio concurra en la fundamentación de las cuestiones jurídicas y en donde el problema regular es que solo se haga referencia general a la cita textual de la ley o la disposición normativa que se aplica al caso concreto, sin efectuar la correspondiente labor de interpretación y la justificación de las razones jurídicas que llevan a atribuir determinado significado y no otro.

El TC peruano ha señalado que la motivación insuficiente “solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 25.

⁽²⁰²⁾ Véase, las STC recaídas en los Exp. N° 3943-2006-PA/TC, caso: Juan de Dios Valle Molina; Exp. N° 04295-2007-PHC/TC, caso: Luis Eladio Casas Santillán; VOTO SINGULAR en el Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo efectuado por el magistrado Vergara Gotelli; Exp. N° 2317-2010-

La motivación insuficiente se caracteriza porque en “este tipo de casos; la resolución lidia con lo arbitrario, es decir, casos en los que es imposible apreciar el nexo lógico entre la decisión adoptada y la argumentación que le sirve de fundamento (principio de congruencia de las resoluciones judiciales)”⁽²⁰³⁾.

Se considera como una motivación insuficiente, desde el punto de vista constitucional, en el dictado de un mandato de detención que “cabe señalar que la resolución cuestionada no ofrece ningún otro elemento de justificación del peligro procesal, lo que evidencia una motivación insuficiente, violatoria del derecho a la debida motivación resolutoria”⁽²⁰⁴⁾. De igual manera se considera una motivación insuficiente cuando “no se explica de qué modo la modalidad delictiva (robo agravado en casa habitada durante la noche, a mano armada, con la utilización de la violencia física, y con el concurso de más de dos personas) en que presuntamente habría incurrido el favorecido puede constituir peligro procesal”⁽²⁰⁵⁾, o en el caso que se dicta mandato de detención, limitándose el órgano jurisdiccional a “señalar que el inculpado se negó a firmar el acta de la intervención (fojas 6, del acompañado), así como la notificación de la detención (fojas 24, del acompañado), justificando así la imposición de la medida restrictiva

AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino: “La motivación insuficiente (...) (s)e refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien (...) no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.

(203) Exp. N° 03926-2008-PHC/TC, caso: Percy Roger Porras Saldarriaga; Exp. N° 4341-2007-HC/TC, caso: Miguel Ángel Ventura Velásquez.

(204) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 05591-2009-PHC/TC, caso: Flor de María Sánchez Díaz.

(205) Véase, el voto singular del magistrado Mesías Ramírez en la STC recaída en el Exp. N° 05782-2006-PHC/TC, caso: Eder Ureta Albornoz.

de la libertad en base al incumplimiento de una supuesta obligación del procesado de proceder a la firma de todas las actuaciones policiales o judiciales que correspondan; lo cual, a juicio de este Tribunal resulta insuficiente, además que constituye una actuación arbitraria e irrazonable”⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Véase, la STC recaída en el Exp. N° 06032-2008-PHC/TC, caso: Ricardo Quispe Villalobos.

CAPÍTULO TERCERO

LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS. LA DISTINCIÓN
ENTRE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN.
¿EL DEBER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR
SUFRE UN RELAJAMIENTO EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO?

I. LA AMBIGÜEDAD DEL TÉRMINO MOTIVACIÓN

En la doctrina, tanto en la argumentación jurídica como en la teoría del derecho, se reconoce que el término *motivación* adolece de una ambigüedad terminológica⁽¹⁾, ya que alude, por un lado, a los motivos sobre los que se sustenta la decisión; como comprende, por el otro, las razones para decidir un determinado caso⁽²⁾. A dicha am-

(1) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Motivación de las sentencias: genealogía y teoría*, cit., p. 11; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra, 2ª ed., 2005, p. 143; ATIENZA, Manuel, "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez"; en: *Jueces para la Democracia*, 1994, N° 22, p. 84; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 11.

(2) Véase, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 143; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 238.

bigüedad han contribuido las vicisitudes históricas de la institución y el desarrollo no siempre lineal de la garantía⁽³⁾.

Motivación significa desde el punto de vista gramatical, según el DRAE una “Acción y efecto de motivar” y, a su vez, motivar supone “Dar causa o motivo para algo”, “Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo” y “Disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo”. Un motivo no es una razón justificatoria, sino una razón psicológica para que se produzca un acto⁽⁴⁾. En este plano, se distingue nítidamente entre móvil y motivo, en donde el primero se caracteriza por ser subjetivo y estar impregnado de emociones y deseos; mientras que el segundo es racional y la razón determinante de un acto⁽⁵⁾.

Se considera que el empleo de la voz *motivación* refleja la influencia de la escuela del realismo norteamericano que concibe el razonamiento judicial desde el punto de vista de las causas que impulsan a los jueces a fallar aludiendo a un proceso psicológico.

Por su ambigüedad y su excesiva textura abierta es que se ha puesto en entredicho que la motivación sea la voz adecuada para referirse a la fundamentación de una sentencia o, en general, de una resolución judicial⁽⁶⁾. Por ello, se llega a promover su cambio por un término

(3) Cfr. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *La Motivación de las sentencias: genealogía y teoría*, cit., p. 11.

(4) Por todos, RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120°.3 de la Constitución española*, cit., p. 33: “El motivo explica la acción (de ahí que motivación y explicación sean también, a su vez, términos sinónimos, pero no la justifica no la fundamenta). Desde luego, toda decisión está motivada, puesto que no cabe la adopción de una decisión de manera involuntaria, pero no toda decisión motivada está justificada”.

(5) Véase, GHIRARDI, Olsen A., *El Razonamiento Judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, p. 100.

(6) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La Motivación: Conceptos Fundamentales”, en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 143: “Motivar expresar los motivos y los motivos no son necesariamente razones justificatorias. Un motivo parece ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar”; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 238.

mucho más preciso o que posee una menor ambigüedad como es el empleo del término *justificación de las resoluciones judiciales*⁽⁷⁾.

II. LA NOCIÓN AMPLIA (Y EQUIVOCADA) DE MOTIVACIÓN COMO “PROCESO O ACTIVIDAD MENTAL” O “EXPLICACIÓN”

A nivel de la doctrina como de la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, es posible verificar el empleo de ideas y fórmulas de estilo que de manera acrítica pretenden identificar y definir el deber de motivar las resoluciones, tanto judiciales como administrativas.

Una de estas fórmulas consiste en entender de modo superficial a la fundamentación de las resoluciones como una actividad o proceso mental, interno y subjetivo del juzgador. Otro de los criterios empleados reside en considerar a la motivación como una tarea que se limita a explicar y explicitar los motivos o causas de la decisión (judicial o administrativa).

Se trata en buena cuenta de puntos de vista sumamente arraigados en la cultura procesal, en la praxis jurisdiccional y, en general, en la cultura jurídica dominante de nuestro tiempo, que sin analizar los conceptos y nociones, se limita a repetir frases e ideas carentes de rigor y precisión técnica. Veamos:

a) La motivación como actividad y/o proceso mental

1. El TC peruano ha considerado que “el derecho a la motivación escrita de todas las resoluciones judiciales, con excepción de los decretos de mero trámite, exige que en todo proceso judicial,

(7) Por todos, RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120°.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, Servicios de Publicaciones de la Universidad Santiago de Compostela, 2003, p. 32; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*; p. 243: “el término justificación, por el contrario, se revela como idóneo para entender el fenómeno de la motivación judicial”; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La Motivación: Conceptos Fundamentales”, en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 143

independientemente de la materia que se trate y del sentido favorable o desfavorable que este pueda tener, los jueces tengan que expresar el **proceso mental** que los ha llevado a decidir la controversia que se sometió a su conocimiento”⁽⁸⁾.

- (8) Exp. N° 1291-2000-AA/TC, caso: Asociación Real Club de Lima; Exp. N° 458-2001-HC/TC, caso: Leoncio Silva Quispe; Exp. N° 03926-2008-PHC/TC, caso: Percy Roger Porras Saldarriaga; Exp. N° 03495-2010-PHC/TC, caso: Ytalo Edgar Loza Capatinta; Exp. N° 1230-2002-HC/TC, caso: Tineo Cabrera; Exp. N° 1860-2005-HC/TC, caso: Jhon Joel Huertas Mori; Exp. N° 2867-2004-AA/TC, caso: Luis Nicanor Víctor y Juan Sáenz Rouillón; Exp. N° 1814-2005-PHC/TC, caso: Christyan Jesús Salas Rueda; Exp. N° 1774-2005-PHC/TC, caso: Wilfredo Arana Gutiérrez; Exp. N° 00389-2011-PHC/TC, caso: Michael Matos Matos y otros; Exp. N° 04290-2010-PHC/TC, caso: Carlos Felipe Fidel Ramos Risco a favor de Víctor Raúl Melo Rojas; Exp. N° 01109-2011-PHC/TC, caso: Leoncio Menéndez Riquelme a favor de Rebeca Toledo Cruz y otros; Exp. N° 02277-2011-PHC/TC, caso: Raúl Vidal Aramayo Valdivia; Exp. N° 4592-2004-PHC/TC, caso: Luis Ángel Cieza Alvarado; Exp. N° 1017-2010-PHC/TC, caso: Marco Antonio Preciado Ruiz; Exp. N° 01582-2011-PHC/TC, caso: Tomás Infante Huayhua a favor de Mauro Esteban Calcina Choquehuanca y otro; Exp. N° 02996-2010-PA/TC, caso: Javier Antonio Romero Sánchez; Exp. N° 05229-2009-PHC/TC, caso: Nicolás Flores Perea, a favor de Jorge Luis Flores Oporto; Exp. N° 6840-2006-PHC/TC, caso: Carlos Javier Rojas Bardales; Exp. N° 00176-2009-PHC/TC, caso: Glodoaldo Rómulo Quispe Arapa; Exp. N° 00884-2011-PHC/TC, caso: Julio Armando Ormeño Muñoz a favor de Julio Alberto Ormeño Eccos y otra; Exp. N° 0754-2004-AA/TC, caso: Jorge Alberto Contreras Machuca; Exp. N° 01466-2009-PHC/TC, caso: Hedovino Antonio Eslado Ramón; Exp. N° 02496-2009-PHC/TC, caso: José Mercedes Moreno Mío; Exp. N° 00933-2010-PHC/TC, caso: Maribel Luz Guerrero Soto a favor de Leonisa Daisy Guerrero Soto; Exp. N° 02137-2010-PHC/TC, caso: Miguel Ángel Pomaya Camayo; Exp. N° 00659-2008-PHC/TC, caso: Raimond Brandt y otra; Exp. N° 4341-2007-HC/TC, caso: Miguel Ángel Ventura Velásquez; Exp. N° 01483-2010-PHC/TC, caso: Gino Cárdenas Pezo a favor de Belarmino Vela Paredes y otro; Exp. N° 02707-2007-PHC/TC, caso: Moisés Godofredo Romero Edwards; Exp. N° 2050-2005-PHC/TC, caso: Walter Lee; Exp. N° 06602-2006-PHC/TC, caso: Augusto Laureano Lara de la Cruz; Exp. N° 02298-2010-PHC/TC, caso: Herminio Quispe Piñares; Exp. N° 2249-2004-HC/TC, caso: Blanca Nélida Colán Maguiño; Exp. N° 02666-2010-PHC/TC, caso: Juan Carlos Mejía León; Exp. N° 04947-2009-PHC/TC, caso: Harlan Solís Sorogastúa a favor de Manuel Octavio Gómez Pachón y otros; Exp. N° 0474-2003-AA/TC, caso: Asociación de Comerciantes Señor

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha sostenido que “el Tribunal de instancia al emitir la resolución impugnada inobservó la garantía específica de motivación de las resoluciones judiciales prevista en el artículo ciento treinta y nueve inciso quinto de la Constitución Política, principal parámetro tanto de la legitimación interna como externa o democrática de la función jurisdiccional, garantía que se debe tener por satisfecha solo cuando el tenor de la resolución emitida por el órgano jurisdiccional constituya una justificación racional de la decisión expresada respecto al tema en cuestión y que esta decisión represente de manera suficiente el **proceso mental** que los ha llevado a resolver de tal manera la controversia”⁽⁹⁾. La Casación penal de la Corte suprema ha entendido que “el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales alude a que tanto en las sentencias como en los autos se encuentre expresado, en lo fundamental, el proceso mental que ha llevado a la decisión de una controversia de intereses jurídicamente relevantes”⁽¹⁰⁾.

de los Milagros de Pedregal; Exp. N° 4107-2004-HC/TC, caso: Leonel Richi Villar de la Cruz; Exp. N° 04823-2009-PHC/TC, caso: César Augusto Romero Farfán; Exp. N° 06613-2006-PHC/TC; Peter Larry Narro Cortez; Exp. N° 01402-2010-PHC/TC, caso: Edwin Delgado Baca; Exp. N° 02357-2008-PHC/TC, caso: Abel Antonio Sánchez Chacón; Exp. N° 0903-2010-PHC/TC, caso: José Fernando Méndez Sánchez a favor de Gliserio Lázaro Osorio Oncoy y otros; Exp. N° 01652-2010-PHC/TC, caso: Juan Carlos Morán Zegarra a favor de Lino Olaya Pérez; Exp. N° 01924-2008-PHC/TC, caso: Luis Ballesteros Olazabal y otra; Exp. N° 2244-2004-AA/TC, caso: José Guillermo Ercilla Sánchez; Exp. N° 1974-2004-HC/TC, caso: Ladislao Ramos Reques; Exp. N° 4525-2007-PHC/TC, caso: Luis Miguel Requena Pasapera; Exp. N° 03736-2010-PA/TC, caso: César Augusto Elías García.

(9) Véase, la sentencia de la Sala Penal Permanente en el R.N.N° 1180-2009 de fecha 4 de mayo de 2010.

(10) Véase, la sentencia de la Sala Penal Permanente en la Casación N° 70-2010 (Auto) del 26 de abril de 2011. En esta línea se precisó, además, que: “Si bien las resoluciones judiciales que restringen derechos fundamentales deben estar especialmente motivadas, de una interpretación sistemática de los artículos 271 y 278 del Código Procesal Penal, a la luz del bloque de constitucionalidad, mencionado anteriormente, este Supremo Tribunal entiende que la referida alusión a una resolución ‘debidamente motivada’ implica la descripción del proceso mental que llevó a la decisión, la existencia de motivación externa e interna,

En igual sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema ha entendido que “el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley”⁽¹¹⁾.

2. A este punto de vista, llamado criterio *psicologista o mentalista* de la motivación, se le dirigen una serie de críticas desde el plano de la argumentación jurídica y de la teoría del derecho.

En primer lugar, se destaca que la fundamentación de las resoluciones judiciales no debe expresar tanto las causas reales que lleva a

y la claridad de la exposición. Es de aclarar, sin embargo, que no es parte del contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones judiciales que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado”.

- (11) Véase, la Casación N° 3576-2006-La Libertad del 6 de junio de 2007, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema: “la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa”; Casación N° 505-2006 del 19 de julio de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema: “La Constitución requiere que el Juez motive sus decisiones, pues, de ese modo, se permite que la ciudadanía realice un control de la actividad jurisdiccional, y que las partes que intervienen en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o deniega la tutela concreta de un derecho, o un específico interés legítimo. En ese sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar **el proceso mental** que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, precisándose que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa”.

considerar ciertas afirmaciones como verdaderas, sino el conjunto de argumentos que permiten considerar a las afirmaciones como verdaderas o válidas⁽¹²⁾. Justificar una decisión es el aspecto central de la motivación de las resoluciones judiciales por lo que no debe ni puede limitarse a reflejar todo el proceso mental, lo que el juez sintió o lo que ocurrió en la cabeza del juez a la hora de decidir el caso.

En segundo lugar, la *tesis psicológica* de la justificación no permite el adecuado control de la sentencia, o de la resolución judicial, a través del sistema de recursos o de los medios que el ordenamiento jurídico establece⁽¹³⁾. Nunca se puede saber qué pensó realmente el juez al momento de decidir un caso, ya que no es posible penetrar en su fuero interno, en su psique. La estructura interna y el pensamiento no manifestado del magistrado es inescrutable e inimpugnable. Esta posición es incompatible con las bases y estructura del ordenamiento jurídico, en especial con el sistema de recursos, toda vez que el proceso mental del juez, o lo que se pensó al momento de fallar un caso, no se puede impugnar ni controvertir, sino solo lo expresado en la sentencia o los fundamentos de la decisión judicial. Los medios impugnatorios se utilizan y dirigen únicamente contra un fallo y las razones que las respaldan. El proceso mental del juzgador que puede ser útil para la psicología o la sociología no lo es para el orden jurídico. Al Derecho no le interesa lo que pensó el juez, sino lo que dijo y expresó en la sentencia. El planteamiento mentalista impide una crítica externa de la decisión judicial (o administrativa), ya que no es posible determinar

(12) Ampliamente, GASCÓN ABELLÁN, Marina, en: *La Argumentación Jurídica*, cit., pp. 413 y ss.; de la misma autora, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 186; IGARTUA SALAVERÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, cit., pp. 113 y 147; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 219.

(13) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 277; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 42; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 11; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 156.

si el juez ha descrito finalmente en su fundamentación todo lo que pensaba o las ideas que tenía sobre el caso⁽¹⁴⁾.

Al ciudadano, y a la población en general, no le interesa los motivos que tuvo el magistrado para dictar una sentencia (v. gr. sus estados de ánimo, dolencias, problemas personales, etc.), sino las razones y los argumentos que sustentan la sentencia⁽¹⁵⁾. En un Estado Constitucional, lo importante no es qué siente el juez, sino qué dice y cuáles son las razones de su decisión. Como señala Taruffo: "*la motivación no reproduce ni da cuenta de los procedimientos mentales, de la secuencia de pensamientos ni de los estados psicológicos que han llevado al autor a construirlo*"⁽¹⁶⁾. La ley no le exige al juez revelar los motivos o las causas internas de su decisión, ya que dichos motivos en la medida que no se expresen en argumentos racionales y en criterios normativos carecen de relevancia jurídica; además, que los motivos no aportan nada a las exigencias de racionalidad objetiva que

(14) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 277.

(15) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 144; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 157: "El juez, ni debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes", luego señala: "En cualquier caso –y más aún interviniendo factores subconscientes– la explicación sincera y real de la causa eficiente será difícilísima cuando no imposible y por ello no se exige. El juez no debe quebrarse la cabeza ni la conciencia buscando y explicitando esa causa, ya que puede prescindir de ella para atenerse únicamente a la justificación legal" (p. 160); TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 11.

(16) TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 267: "la motivación –contrariamente a lo que muchos piensan– no es un recuento del llamado íter lógico-psicológico que el juez ha seguido para llegar a la formulación final de su decisión: fuera de que esto sería, por razones obvias, imposible, a nadie le interesa la dinámica de las sinapsis que se han producido entre las neuronas del juez, como tampoco son relevantes sus humores, sus sentimientos, y cualquiera otra cosa que haya podido suceder *in interiore homine*".

requieren las partes⁽¹⁷⁾. Nadie discute que el juez es un ser humano que siente, vive y despliega en cada faceta y a lo largo de su vida una serie de emociones. Sin embargo, una cosa es la consideración del juez como persona y como una unidad psíquica, y otra muy distinta es tomar en cuenta la alta y delicada función estatal que desempeña y que no es otra que la de administrar justicia, situación que le obliga a apartarse de sus particulares sentimientos y emociones para resolver los conflictos jurídicos con base en las pruebas actuadas y los criterios aportados por las normas jurídicas⁽¹⁸⁾.

Los motivos en cuanto pertenecen a lo arcano y a la esfera íntima del juez, no pueden ser controlados ni conocidos realmente, por más que se estime como virtud humana la sinceridad y la honestidad moral. En efecto, aun cuando se imponga el deber al juez de explicitar los motivos reales de la decisión, dicha regulación sería ineficaz e incontrolable ya que nunca se podrá saber los motivos reales y las causas que tuvo el juez para adoptar una u otra decisión, salvo que se quiera vincular el detector de mentiras a la expedición de cada sentencia. Hacer de la motivación: *“un mero duplicado de lo que ha pasado por la cabeza del juzgador la deja sin luz propia (tentación denominada como falacia descriptivista); error que suele alentar la desatención de la praxis judicial (incluido el control casacional) hacia los aspectos directamente atinentes a la validez racional de la argumentación justificativa”*⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, no existen trabajos científicos –o, por lo menos, no con el suficiente grado de confianza, amén de los que existen arrastran conocimientos sumamente limitados– acerca de cómo realmente los

(17) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 42; NIETO GARCÍA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, cit., p. 157; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 12; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., pp. 156 y 240.

(18) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 155.

(19) IGARTUA SALAVERÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 90.

jueces razonan y resuelven los conflictos. La teoría del comportamiento judicial aún se está desarrollando de manera incipiente y sus logros y resultados no se pueden todavía mensurar adecuadamente⁽²⁰⁾. Lo que ocurre en el fuero interno del magistrado (emociones, pensamientos, prejuicios, etc.) –como de cualquier persona– es inaccesible, además, que no puede ni debe ser materia de regulación jurídica, ya que se trata de un dominio propio de la moral y la conciencia individual⁽²¹⁾.

Desde el plano epistémico, se tiene que la psicología no es la ciencia ni el saber que posibilita aproximarse a si las inferencias u otros procesos cognitivos son fiables, pues la validez de dichas inferencias provienen de su fundamento cognoscitivo, los cuales se determinan de manera objetiva, al margen de los procesos psicológicos del sujeto que los formula⁽²²⁾.

En tercer lugar, la tesis psicologista en buena cuenta termina siendo compatible y suscribiendo las mismas conclusiones que aquella posición que considera que las causas de la decisión no se pueden expresar en razones o argumentos, ya que se trata en un convencimiento íntimo, intransferible e irreproducible sobre todo en lo que atañe a la valoración de los hechos probados. Lo que el juez percibe, pondera y toma en cuenta en el proceso pertenece y está en su conciencia íntima; de tal manera que más que exigirle que falle con argumentos y buenas razones se le exige al momento de decidir que respete su fuero interno y lo que realmente percibió y sintió. No se quiere saber las razones del juez como lo que pensó realmente. En ese sentido, más que los argumentos se requiere saber el proceso mental, las emociones que tuvo, las diversas percepciones, de tal manera que el contacto directo con las pruebas no pueden ser justificadas. La motivación aparece así como una actividad innecesaria e imposible. Se llega a sostener un irracionalismo jurídico:

(20) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 160.

(21) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, cit., p. 79; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 157.

(22) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, cit., p. 222.

Con razón, se apunta que si el deber de motivar las resoluciones judiciales residiría en reproducir o explicitar el razonamiento –psicológico o mental del juez– prácticamente el valor de la obligación de motivar sería nulo o de escaso valor, pues dicho deber se cumpliría con una buena y tal vez brillante descripción de un mal razonamiento⁽²³⁾. Ello supondría en pocas palabras sostener que el deber de motivar tiene un sentido formal y eminentemente descriptivo en donde no se le exige al juez razonar bien, sino solo exponer las causas de su decisión; de tal manera que tendría carta abierta la exteriorización de las malas o las peores razones siempre que se enuncien y expongan de la mejor manera. La motivación de esta forma sería más una cuestión de estilo o de calidad narrativa que de competencia técnica y vinculación a la Constitución y a la ley.

La comprensión del deber de motivar como mero acto de explicación del iter mental o de razonamiento interno que ha seguido el juez solo es compatible con una visión burocrática y casi notarial de la actividad jurisdiccional y de la administración de justicia en la que el juez cumple con el deber de motivar sus decisiones cuando describe y expone cuál es el camino que ha seguido, cuáles son los pasos que se han dado o cómo se han construido los argumentos. Se habla aquí de la descripción del razonamiento que ha llevado al juez a asumir determinadas decisiones interpretativas o a asumir posturas sobre los hechos materia del proceso. En realidad, la justificación racional de una decisión no puede entenderse como la reproducción mecánica o la fiel descripción de las causas reales que conducen a adoptar una determinada decisión⁽²⁴⁾. La motivación más que una justificación racional, razonable y sometida a control sería un intento de defensa del juez que solo se mantiene con el fin de cumplir con un forzado protocolo sin una misión constitucional o legal definida. Se pasa por alto, que el deber de motivar las resoluciones judiciales no se relaciona

(23) Por todos, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 63; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 42.

(24) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 186.

de modo alguno con la presentación del iter mental o la búsqueda de lo que se ha pensado, sino más bien con la necesidad de fundamentar al público, ya sean las partes, los órganos superiores o la colectividad en general, acerca de que la decisión adoptada es la correcta y las razones que la sustentan son las mejores.

La consideración de la motivación y, en general, la decisión judicial, como si fuera un proceso psicológico se vincula de manera estrecha con el desarrollo de la escuela del realismo jurídico americano que se caracteriza por combatir la idea de la decisión judicial como un silogismo y como un sistema de normas, mostrándose escéptico al empleo de la lógica en el derecho⁽²⁵⁾. Las normas y las sentencias se consideran como fruto de la voluntad humana cargada de emotividad, condicionamientos sociales e intuiciones. En esa línea, si el derecho es lo que finalmente los jueces deciden a través de sus sentencias lo más adecuado es conocer el proceso psicológico que los llevó a asumir dichas decisiones y cuáles fueron los factores reales que incidieron en la misma. El realismo jurídico asume a la postre, más temprano que tarde, una concepción irracionalista del razonamiento jurídico que sostiene que no puede existir justificación racional de la decisión judicial, sino solo la exposición del proceso psicológico que lo genera.

En cuarto lugar, la tesis psicologista confunde el contexto de descubrimiento con el denominado contexto de justificación⁽²⁶⁾. La

(25) Véase, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 146.

(26) Véase, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, cit., p. 145; NINO, Carlos Santiago, "Derecho, Moral y Política", en: *Doxa*, 1993, N° 14, p. 37; TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 202; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 267; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 148; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 157; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 43; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 169; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 125.

fundamentación de las resoluciones judiciales es un proceso que debe distinguirse del problema acerca de cómo o de qué manera el juez arriba a una determinada conclusión, aspecto último que posee un carácter eminentemente psicológico o sociológico y que siempre posee mayor amplitud⁽²⁷⁾. En efecto, es posible que el juez primero tome la decisión y luego busque motivarla; de tal manera que la decisión de resolver la controversia de una determinada manera es completamente distinta del acto de fundamentación externo que justamente constituye el deber de motivar las resoluciones judiciales.

El razonamiento del juez es diferente cuando adopta una determinada decisión respecto de cuando pretende justificarla⁽²⁸⁾. Ambos contextos son distintos tanto desde el punto de vista estructural como desde el punto de vista fenomenológico y en donde el contexto de descubrimiento es una actividad y el contexto de justificación es un discurso que muchas veces ni siquiera es resultado de dicha actividad⁽²⁹⁾. En el contexto de descubrimiento, nos encontramos ante causas, mientras que en el contexto de justificación nos hallamos ante razones⁽³⁰⁾. Se distingue entre el procedimiento que se asume y sigue para llegar a una determinada conclusión a partir de ciertas premisas del hecho de justificar cada una de las premisas que luego sustentan dicha

(27) Cfr. BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho"; en: *Análisis Lógico y Derecho*, cit., p. 356. También: WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Ideología de la aplicación judicial del derecho", en: *Sentido y Hecho en el derecho*, cit., p. 82; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 271; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, cit., p. 351.

(28) Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Ideología de la aplicación judicial del derecho", en: *Sentido y Hecho en el derecho*, cit., p. 82; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 125.

(29) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 204; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 62.

(30) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 148; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 43; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 125.

conclusión⁽³¹⁾. Las reglas del método científico solo rigen dentro del contexto de justificación y no en el contexto de descubrimiento⁽³²⁾.

El contexto de descubrimiento es el conjunto de razones, hechos o eventos racionales o irracionales que dan lugar a una decisión o a la solución de un determinado problema. El descubrimiento de un invento, fórmula, teorema, etc., muchas veces es consecuencia de una determinada actividad racional como a veces de un hecho casual⁽³³⁾, incluso irracional, de la intuición, de un error experimental⁽³⁴⁾ o del despliegue de la capacidad imaginativa del sujeto⁽³⁵⁾. En el caso de la actividad judicial es el iter que ha permitido al juez tomar como verdaderas determinadas afirmaciones sobre hechos controvertidos y que pueden tener un diverso y distinto origen; v. gr. causas psicológicas, sociológicas, intuiciones, etc., que van desde el estatus, la personalidad del juez, su formación, ideología, grado de emotividad. La importancia del contexto de descubrimiento no debe subvaluarse dentro del saber científico y a nivel de la ciencia jurídica en tanto permite formular hipótesis científicas y ayuda a una mejor comprensión del fenómeno jurídico⁽³⁶⁾. En el contexto de justificación lo importante es determinar si las razones que se desarrollan se encuentran bien dadas y si las mismas son válidas y no tanto se debe saber las motivaciones reales del juez⁽³⁷⁾. Lo relevante en el contexto de justificación es el conjunto de razones

(31) Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, cit., p. 32.

(32) Cfr. ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación", en: *Isegoría*, N° 21, p. 45.

(33) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 268.

(34) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 157.

(35) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 125.

(36) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., p. 152.

(37) Cfr. BERGHOLTZ, Gunnar, "Ratio et Autoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *Doxa*, N° 8, p. 85; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 148; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 126.

que se suministran para sustentar la decisión a la que se llega⁽³⁸⁾ y que adquiere la forma de discurso argumentativo⁽³⁹⁾.

En quinto lugar, las mayores dificultades de esta tesis aparecen cuando se trata de explicar las decisiones adoptadas por los órganos colegiados en donde prácticamente es imposible reconstruir los procesos motivacionales o psicológicos de todos los integrantes del órgano judicial o, incluso, del magistrado ponente cuyos procesos internos no tienen necesariamente que coincidir con las demás integrantes del órgano colegiado⁽⁴⁰⁾. Se da el caso, incluso, en que un miembro del colegiado se puede ver obligado a redactar algunos fundamentos que expresan el criterio del colegiado, pero de los que discrepa internamente⁽⁴¹⁾. El fuero interno de los magistrados que componen el Tribunal, o el órgano colegiado, se expresa en todo caso en el debate previo y anterior a la sentencia y no en la sentencia misma en la que más bien se deja constancia de las razones y la justificación de una decisión⁽⁴²⁾.

Por todo ello, se debe rechazar la versión *psicologista o mentalista* de la motivación judicial que considera que lo central para entender una decisión es el análisis y explicitación de las causas psicológicas o de otro orden (sociológicas, políticas, económicas, etc.) que tuvo el juez o el Tribunal para llegar a una determinada decisión por encima de las razones normativas o vinculadas a los hechos probados y a las reglas del sistema jurídico⁽⁴³⁾.

(38) Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La Motivación: Conceptos Fundamentales", en: *La Argumentación Jurídica*, cit., 148.

(39) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 126.

(40) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 277; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 189.

(41) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 159.

(42) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 189.

(43) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 203: "hablar de estructura justificada de la motivación significa hacer referencia no al iter lógico psicológico mediante el cual las razones de la decisión son identificadas y formuladas, sino más bien a las características formales del discurso en las

b) La motivación como explicación

1. Para una corriente doctrinal y jurisprudencial de corte tradicional motivar supone la explicación de las razones o de los motivos que han determinado una decisión en tal o cuál sentido. En buena cuenta importa establecer y precisar por qué se tomó una determinada decisión, indicando sus causas y los motivos de la misma. La explicación de una decisión se produce siguiendo un determinado camino [iter] y a través de determinadas formas de manifestación⁽⁴⁴⁾, situación que permite su verificación y control por las partes, la sociedad y los tribunales superiores.

En ese sentido, se define a la motivación, por ejemplo tomando nota de la doctrina administrativa, como la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo y que la motivación del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también de su finalidad⁽⁴⁵⁾. Se destaca en esta postura el énfasis tanto en un elemento subjetivo (motivos) y un elemento

cuales éstas son objetivadas y vueltas explícitas". Luego el mismo autor señala: "debe precisarse que la decisión y justificación no implica que la decisión deba ser considerada solo bajo el perfil psicológico, ni mucho menos, que debe ser vista como una actividad irracional en sí y que está destinada a ser racionalizada solamente a posteriori" (p. 209); NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 139; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 188; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 42; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, cit., p. 219; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 239.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 7ª ed., 1ª reimpr., T. I, p. 555.

⁽⁴⁵⁾ Por todos, TAWIL, Guido Santiago y MONTI, Laura Mercedes, *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 1 y 2: "la definición propuesta permite advertir la existencia de dos conceptos íntimamente ligados: el motivo y la motivación de los actos administrativos. El motivo es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. Por su parte, la motivación es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad".

(racional) vinculado a una personificación del autor, más que una actividad del órgano. En la doctrina peruana en cuanto a la motivación de las resoluciones fiscales a veces se equipara motivo, razón y decisión al sostener que “el motivo explica o justifica el acto de decisión, por ello un motivo encerrará una decisión. Varios motivos serán un conjunto de consideraciones racionales que justificarán la expresión opinativa”⁽⁴⁶⁾.

Asimismo, en la doctrina comparada es frecuente y usual que motivación equivalga a fundamentar y a exponer. Por ejemplo, se señala que “motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución”, y que además “constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico”⁽⁴⁷⁾.

La jurisprudencia peruana ha entendido también la motivación como un simple acto de explicación. Veamos.

El TC peruano entiende que la fundamentación de las resoluciones judiciales radica en “la explicación detallada que hace el juez de las razones de su decisión final, explicación que va dirigida a las partes, al juez de grado superior (que eventualmente conocerá en impugnación la decisión del inferior jerárquico) y al pueblo, que se convierte en ‘juez de sus jueces’. El juez debe efectuar una conexión-relación lógica entre los hechos narrados por las partes y las pruebas aportadas por ellas, estando en el deber de explicar con sentido, igualmente lógico, cuáles son las razones que le permiten establecer la correspondiente consecuencia jurídica (fallo de la sentencia); además, deberá **explicar-motivar** en su sentencia el grado de convicción que tiene respecto de las pruebas aportadas por las partes para acreditar los hechos narrados por ellas”⁽⁴⁸⁾.

(46) ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, cit., p. 235.

(47) Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 105: “es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los considerandos de la sentencia”.

(48) Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, caso: Jaime Mur Campoverde.

La Corte Suprema de justicia considera en algunos fallos que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales, componente esencial del derecho al debido proceso –principio constitucional consagrado en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial– exige que el Órgano judicial **explique** en modo suficiente las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales absuelve o condena a un inculpado, constituyendo este derecho una garantía de las partes procesales mediante la cual pueden comprobar si la respuesta dada al caso en concreto es consecuencia de una actividad racional, adecuada y respaldada con lo actuado en el proceso y no producto de la arbitrariedad judicial”(49).

2. Las críticas que se dirigen a la noción que identifica al deber de motivar las resoluciones judiciales con el desarrollo de un deber de explicar son variadas.

En primer lugar, ha de quedar claro que explicar no es lo mismo que justificar, debido a que la primera operación tiende a mostrar las causas que determinaron el arribar a una determinada decisión, señalando los condicionamientos, los factores de incidencia, como la prueba y la fundamentación normativa. La explicación es un procedimiento eminentemente descriptivo en términos de causas y efectos de los cuales difícilmente puede inferirse enunciados referidos al deber ser o una prescripción. En cambio, la justificación es tanto la objetivación de las razones como la búsqueda de que las mismas sean atendibles, correctas o plausibles desde el punto de vista normativo en la solución de la controversia. Justificar, por tanto, es dar buenas razones como fundamento de la decisión(50).

(49) Véase, la sentencia de la Sala Penal Transitoria recaída en el R.N. N° 699-2011 de fecha 17 de noviembre de 2011.

(50) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 15; TARUFFO, Michele, “Legalidad y Justificación de la creación judicial del derecho”, en: *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, cit., p. 195: “se ha vuelto una especie de lugar común la idea de

La justificación racional de las decisiones judiciales es contraria a las decisiones arbitrarias, caprichosas que no se fundan en razones o que las razones empleadas son malas o deficientes⁽⁵¹⁾, pese a que se encuentran bien explicadas. Como señala GARCÍA AMADO: “*cuando al juez se le exige que motive sus elecciones no se quiere decir meramente que diga qué lo llevó personalmente a una preferencia u otra, sino que dé razones que puedan discutir desde la común participación en ciertos valores y convicciones*”⁽⁵²⁾. La calificación de las razones como buenas, correctas o plausibles no debe tener como referencia la perspectiva del juez, sino que fundamentalmente dicha calidad se predica acerca de la posibilidad de que terceros evalúen *ex post* sus fundamentos⁽⁵³⁾. Por otro lado, la justificación no se sustenta en aportar y establecer una serie de razones formales que acompañan la decisión, sino más bien

que la justicia de la decisión signifique su aceptabilidad racional, fundamentada en buenas razones (...). Se tiende aún más a considerar que solamente en presencia de una motivación que explicita buenas razones de la decisión esta pueda considerarse aceptable”; del mismo autor, “Decisiones Judiciales e inteligencia artificial”, en: *Páginas Sobre justicia civil*, p. 385; del mismo autor; “El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica”, en: *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 406; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., pp. 252 y 277; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 238; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 39; ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, cit., p. 370.

(51) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 277; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), Lima, Palestra, 2011, p. 354, quien correctamente considera a la motivación como un discurso justificatorio de una decisión.

(52) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Interpretar, Argumentar y decidir”, en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, p. 54; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Lima, Gaceta Jurídica, 9ª ed., 2011, p. 159.

(53) Cfr. TARUFFO, Michele, “El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica”, en: *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 406.

en aportar razones materiales, sólidas y convincentes que permitan descartar la arbitrariedad⁽⁵⁴⁾.

Se trata de lograr y alcanzar cuotas de racionalidad objetivas y no de una mera racionalidad subjetiva. Cuando se afirma que la resolución debe ser racional no se pretende indicar que cualquier fundamento convierte a dicha resolución en un acto razonable y ajustado a los patrones constitucionales. Se requiere, además, que la decisión debe fundarse en derecho, que no es otra cosa que apoyarse en normas jurídicas, en los hechos y en las pruebas que obran en el proceso. La motivación debe responder a las circunstancias, necesidades y exigencias del caso y debe aplicar el derecho pertinente⁽⁵⁵⁾.

Justificar no solo es describir un determinado proceso o el camino que se transita para llegar a un determinado resultado o a una conclusión. Representa la búsqueda de racionalidad en la elección de los argumentos que vertebran y sustentan una conclusión⁽⁵⁶⁾. Explicar es narrar lo que ha ocurrido en la realidad, qué ha pasado en los hechos y qué tuvo en cuenta el juez para llegar a una decisión; mientras que justificar más que detenerse en el aspecto puramente fenomenológico es cumplir con un mandato prescriptivo respecto a la optimización o la búsqueda de buenas razones y de argumentos convincentes que sustenten una conclusión⁽⁵⁷⁾. Si es que se confunde explicar con justificar se está trasladando un concepto que rige en un ámbito distinto, el de las ciencias sociales o desde las leyes científicas, al contexto jurídico⁽⁵⁸⁾.

(54) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 201.

(55) Cfr. BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho", en: *Análisis Lógico y Derecho*, cit., p. 356.

(56) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en: *Doxa*, N° 12, pp. 291 y ss.; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 159.

(57) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 64.

(58) Cfr. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120°.3 de la Constitución española*, cit., p. 85.

Las causas explicativas reales que llevan a tomar una determinada decisión pueden ser desconocidas, incluso, por el juez en cuanto pueden obedecer a criterios inconscientes. Por su lado, la justificación de la decisión debe ser buscada a partir de los elementos fácticos aportados por las partes, los medios probatorios disponibles y la finalidad de las normas jurídicas. Mientras que la explicación de los factores que influyen en una decisión puede reposar en elementos irracionales, la justificación debe fundarse en la búsqueda de razones plausibles y correctas (rationales) que sustenten de manera adecuada una decisión⁽⁵⁹⁾.

Como anota REDONDO: "*Toda explicación tiene un propósito descriptivo mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo. El aspecto interno, esto es, la intención de explicar, presupone el interés cognoscitivo de hacer inteligible la acción. En contraste la intención de justificar presupone el interés práctico de evaluarla o aprobarla*"⁽⁶⁰⁾. Con razón, se afirma lo siguiente: "*Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas*"⁽⁶¹⁾. La exigencia de motivación y justificación significa que las decisiones jurídicas de aplicación del derecho no son evidentes ni arbitrarias⁽⁶²⁾. La explicación responde a la pregunta

(59) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 155: "las decisiones se justifican cuando son racionales, pero pueden explicarse tanto si son racionales como si no lo son. Una condena severa puede explicarse por la presión social o mediática a la que está sometida el juez (e incluso por algo aparentemente tan trivial como un dolor de muelas). Desveladas tales causas, podrá explicarse la decisión; pero es notorio que ésta no quedará justificada por aquéllas. Un acceso de mal humor podrá explicar (psicológicamente) una condena severa, pero no justificarla"; ZAVALATA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, cit., p. 370.

(60) REDONDO, María Cristina, *La Noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, 1996, cit., p. 79.

(61) ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, cit., p. 32; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 12.

(62) Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justificación de las Decisiones Jurídicas", en: *Sentido y Hecho en el derecho* (Trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría), México, Fontamara, 1ª reimpr., 2003, p. 45.

de por qué se ha tomado una determinada decisión; mientras que la justificación responde a la pregunta de por qué se ha debido tomar la decisión o por qué una determinada decisión se considera correcta⁽⁶³⁾. Tal como advierte Bayón Mohino: “*confundir razones en el sentido explicativo y razones en el sentido justificativo supone desconocer una distinción fundamental que conduce a graves dificultades*”⁽⁶⁴⁾.

Lo que permite cumplir con el mandato constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales reside no tanto en precisar y controlar lo que el juez ha pensado y querido explicar, sino en la racionalidad y validez de los argumentos que sustentan su decisión. El control de la motivación no radica en el examen de cómo se llegó a una determinada decisión ni acerca de la justicia de la misma, sino que se dirige a establecer la validez y consistencia de las premisas y las razones de las que se sirve el juez para ser aceptable su decisión⁽⁶⁵⁾. En efecto, en un Estado Constitucional más importante que la justicia intrínseca de una decisión es que se aporte una serie de razones o argumentos que la sustenten. Lo correcto de un fallo no tanto es que encierre la verdad, sino que el mismo se encuentre mejor y más convincentemente fundamentado⁽⁶⁶⁾.

3. Si bien es necesario distinguir de manera nítida entre explicar y justificar, situación que reviste particular importancia, hay acuerdo de que se trata de actividades que se encuentran conectadas y que guardan enorme relación entre sí⁽⁶⁷⁾. Incluso, se considera que tanto en la expli-

(63) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., pp. 154 y ss.

(64) BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 43.

(65) Por todos, TARUFFO, Michele, “El Control de la racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica”, en: *Páginas sobre justicia civil*, cit., p. 408.

(66) Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Interpretar, Argumentar y decidir”, en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*, ADP, pp. 51 y ss.

(67) Por todos, ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación”, en: *Isegoría*, N° 21, p. 39; RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120° 3 de la Constitución española*, cit., p. 41; ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 230, quienes recuerdan la analogía entre explicación científica y la justificación normativa. Por un lado, explicar o justificar equivale

cación como en la justificación se aportan razones, pero que la diferencia de ambos conceptos reside en que en la justificación se aportan buenas razones, mientras que en la explicación se exponen los hechos que han dado lugar a una acción, en una relación causa-efecto⁽⁶⁸⁾.

La explicación es una tarea de la investigación científica que no puede ser despreciada del todo y que se desarrolla en el marco de las ciencias formales y las ciencias empíricas. En las primeras, la explicación racional aparece bajo la denominación de prueba formal o demostración que no es otra cosa que llegar a una conclusión deduciéndola de ciertos axiomas y teoremas (ya demostrados) por medio de ciertas reglas de la inferencia. Por su parte, en las ciencias empíricas, la explicación causal se caracteriza por mostrar que el fenómeno es un caso particular de una ley general. Dicho fenómeno puede ser un hecho individual (natural o social), o una ley⁽⁶⁹⁾. Por otro lado, en las ciencias normativas cuando se trata de la calificación deóntica de una conducta no interesa el hecho en sí, sino el estatus normativo con base en cierto sistema u orden normativo. La pregunta no es por qué Pedro mató a Juan, sino por qué Pedro puede, debe o no debe matar. No se trata de la explicación causal de un hecho, sino de indicar las razones que hay para afirmar que la acción es obligatoria, permitida o prohibida, situación que se denomina justificación normativa⁽⁷⁰⁾.

a mostrar que la descripción de ciertos hechos o fenómenos es deducible de un sistema (científico o normativo) que tiene leyes generales. Por otro lado, la explicación y la justificación normativa pueden perseguir distintos propósitos; así la primera puede servir para predecir fenómenos futuros o explicar hechos pasados; mientras que la segunda puede servir para guiar acciones futuras o para justificar acciones pasadas.

(68) Cfr. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, cit., p. 36.

(69) Por todos, ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 228.

(70) ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 229: "Justificar normativamente la calificación deóntica de una conducta por medio de un sistema normativo consiste en mostrar que de ese sistema se infiere (es consecuencia del sistema) la obligación, la prohibición o la permisón de la conducta de que se trata".

Con todo, se señala que las distintas cuestiones referidas a la justificación inciden y juegan un papel importante en la explicación (v. gr. lo que explica por qué un juez ha tomado una determinada decisión es en buena cuenta lo que él ha considerado justificado); del mismo modo que el aportar una explicación de las decisiones permite la actividad justificativa rodeándolo de contornos más precisos. La explicación constituye un elemento necesario de la justificación en el caso de los enunciados empíricos, pues una determinada conclusión sobre los hechos solo puede sustentarse si responde a una ponderación de la prueba que requiere un análisis individual como global a fin de poder sustentar de manera racional una determinada decisión. En este rubro, la justificación de una decisión sobre los hechos (v. gr. expedir una sentencia condenatoria o una sentencia absolutoria, declarar fundada o infundada la demanda) pasa por una explicación (descripción) de los medios de prueba y del peso que se le asigna a cada uno de ellos. Si es que no se explica cuáles son estos medios de prueba, ni el sentido que poseen difícilmente podrá sustentarse una justificación racional y una solución justa de la controversia.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

1. Un sector de la doctrina, especialmente la que proviene del derecho administrativo español, distingue entre motivación y fundamentación de las resoluciones (judiciales o administrativas)⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, otro sector doctrinal equipara fundamentación con justificación, diferenciando ambos términos de la motivación⁽⁷²⁾. Finalmente, hay quienes consideran que el término *fundamentación* encierra un significado más riguroso que el de la motivación, en el

(71) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2006, p. 99; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 264.

(72) Cfr. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120° 3 de la Constitución española*, cit., p. 34.

sentido que se ha calado profundamente y que se ha dado la razón suficiente de algo⁽⁷³⁾.

Quienes distinguen entre motivación y fundamentación consideran que esta última consiste en precisar los motivos y/o las razones que avalan (determinan) el acto, mientras que la motivación constituye la expresión de dichas razones⁽⁷⁴⁾. La motivación hace referencia a la configuración externa del acto y la fundamentación al expediente del que el acto es resultado. El acto de motivación normalmente da cuenta de lo actuado en el expediente y las razones (hechos, pruebas y derecho) que lo sustentan⁽⁷⁵⁾. No obstante, puede haber fundamentación sin necesidad de que el acto (o la decisión) se encuentre motivado; de la misma manera de que puede haber motivación sin que haya una fundamentación adecuada o real del acto en el proceso⁽⁷⁶⁾.

La motivación es una condición formal del acto, mientras que la fundamentación un requisito material del acto. Para esta tesis, la validez del acto (administrativo) tendría un requisito formal que sería la motivación y a su vez un requisito material que sería la fundamentación. Por ello, la falta de motivación representa a veces solo un vicio formal o la comisión de una irregularidad procesal que no invalida ni

(73) Cfr. GHIRARDI, Olsen A., *El Razonamiento Judicial*, cit., p. 100.

(74) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., p. 264; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 99.

(75) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 99.

(76) Por todos, DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., pp. 184 y 185: "Un acto puede carecer de motivación, pero no de motivos, y al revés, un acto puede estar motivado pero carecer de verdaderas razones justificativas. En el primer caso, nos encontramos ante un acto que no es arbitrario, aunque adolezca de un vicio formal. En el segundo, no existe vicio formal, pero sí un vicio de fondo que hace arbitrario al acto. Las consecuencias jurídicas son muy distintas y por eso no veo la pertinencia de confundir motivación y fundamentación (motivos)"; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 107, nota 196.

anula el acto o la decisión adoptada⁽⁷⁷⁾. En cambio, la fundamentación sí atañe a la validez del acto mismo, más aún si tiene que ver con la existencia de datos objetivos o el soporte necesario que respaldan la decisión, al margen de si los mismos se han expresado y documentado. Una resolución (judicial o administrativa) puede carecer de motivación, pero ello no significa necesariamente que estamos ante un acto arbitrario, en tanto es posible que haya una fundamentación material del acto, es decir, puede que el acto cuente con respaldo objetivo en el expediente⁽⁷⁸⁾. En efecto, una cosa es que no haya motivación, o que la misma sea insuficiente, y otra cosa muy distinta que no haya fundamento objetivo para la toma de la decisión. La arbitrariedad no tanto provendría de la falta de motivación como de la ausencia de fundamentación, en sentido de falta de sustento o base objetiva en la toma de una decisión. La falta de motivación a lo sumo solo actúa como un indicio o un elemento a tener en cuenta en la determinación de si el acto es o no es arbitrario⁽⁷⁹⁾.

Se distingue a tal fin entre actos no motivados y actos arbitrarios⁽⁸⁰⁾. La falta de motivación no siempre implica ni arrastra de manera irremediable la arbitrariedad. El elemento central para determinar si la decisión es arbitraria es la verificación de la fundamentación, en especial, la existencia del material fáctico y el caudal probatorio que permite acreditar que la decisión tiene apoyo en la realidad.

En ese sentido, la falta de motivación en la que incurre la administración o el órgano inferior de la jurisdicción puede ser subsanada o

(77) Véase, NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 372; BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 19.

(78) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 372.

(79) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., pp. 267 y ss.

(80) Véase, BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 17: "estos serán los que carecen de motivos que los justifiquen, y no aquellos en los que dichos motivos no hubieran sido manifestados expresamente: mientras los primeros tendrán un defecto sustancial, el vicio de los segundos será formal".

sustituida por una motivación mejor, situación que puede ocurrir si es que existe una fundamentación adecuada (soporte objetivo) en el proceso⁽⁸¹⁾. Si se logra detectar e identificar las razones que fundamentan la decisión, podrá confirmarse aun cuando la misma no se haya motivado.

Este planteamiento apoya su desarrollo en la noción clásica de motivación que estima que esta es un elemento puramente formal del acto (administrativo) que consiste en la exteriorización de las razones que justifican su decisión o de los motivos que impulsan a decidir el caso en un determinado sentido⁽⁸²⁾.

2. La corriente doctrinal que distingue entre motivación y fundamentación considera que la ausencia o la falta de motivación no quiere decir necesariamente que se esté ante un caso de arbitrariedad estatal, sino que ese dato solo representa un indicio de arbitrariedad⁽⁸³⁾. El hecho de que una decisión no se encuentre motivada no quiere decir automáticamente que se esté ante una decisión arbitraria. La ausencia de motivación representa a lo sumo una presunción *iuris tantum* –y que, por tanto, admite prueba en contrario– de que la decisión es arbitraria⁽⁸⁴⁾.

(81) Cfr. NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 373; ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., pp. 269 y ss.

(82) Véase, DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., pp. 183 y 184: "Parece, por tanto, preferible seguir manteniendo la concepción clásica de la motivación, que nos permite diferenciar nítidamente el elemento puramente formal de la motivación, del elemento sustantivo o de fondo que son los motivos. Lo verdaderamente relevante desde la perspectiva del control de la arbitrariedad, no es tanto si el acto incluye o no la correspondiente motivación, sino si se encuentra respaldado por razones suficientes y atendibles".

(83) Véase, NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 372; DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad"; en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 185; VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 107, nota 196.

(84) Cfr. ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, cit., pp. 267 y ss.; NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 372.

Lo importante no tanto es la motivación del acto, sino más bien determinar si tiene o no fundamento objetivo en los actuados en el expediente o en el procedimiento. Solo la falta de fundamento o sustento objetivo genera la posibilidad de arbitrariedad⁽⁸⁵⁾. Se considera que en estos casos, en que falta motivación, pero no fundamento objetivo, se debe confirmar el fallo y sustituir los fundamentos jurídicos. Se sostiene que la falta de motivación solo representa un vicio de legalidad en la que recae una simple sospecha de arbitrariedad⁽⁸⁶⁾. Al respecto, Alejandro Nieto afirma: "la ausencia de motivación (o, más precisamente todavía, la ausencia de fundamentos) no delata la arbitrariedad del juez, aunque levanta sospechas al no mediar una justificación expresa que disipe la duda. Por otro lado, una sentencia arbitrariamente dictada no es siempre ilegal o injusta y tampoco ha de ser necesariamente inválida. La arbitrariedad es un vicio de elaboración de la voluntad del juez, no de contenido material de la sentencia, ni mucho menos, de la motivación que es una justificación a posteriori"⁽⁸⁷⁾.

El TC peruano adoptó la tesis de valorar el contenido sustancial del acto antes que limitarse a analizar si la decisión se encontraba motivada en una oportunidad en que se ponderó si era constitucionalmente legítima la dación de un indulto a una persona, pese a que la resolución suprema que lo concedía no se encontraba motivada. En dicha ocasión se sostuvo lo que sigue: "Si bien se advierte que la resolución suprema inaplicada carece de motivación, aspecto que fue determinante para que la sala emplazada decida inaplicar el derecho de gracia concedido, este Tribunal considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la

(85) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 185: "El elemento relevante a la hora de enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión. La importancia de la motivación radica en la expresión de los motivos, pero son estos últimos los realmente trascendentes a efectos de realizar una crítica del ejercicio de una determinada potestad discrecional".

(86) Véase, NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, cit., p. 374.

(87) Loc. cit.

referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada”⁽⁸⁸⁾.

3. Algunos autores que plantean la tesis de diferenciar entre motivación y fundamentación distinguen también la obligación constitucional de motivar aplicable al campo administrativo y el deber de motivar las resoluciones aplicable al campo judicial⁽⁸⁹⁾. Se sostiene como punto de partida que el deber de motivar las resoluciones judiciales es inexcusable y siempre debe concurrir, sin excepción alguna, como consecuencia del respeto a las reglas del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Como una garantía de la tutela judicial efectiva no es posible prescindir en el ámbito judicial de motivar las decisiones, al margen de la especialidad, nivel, tipo o clase de resoluciones. En cambio, el deber de motivar las resoluciones (actos) administrativas no siempre debe concurrir, salvo que se trate de actos que limitan o restringen derechos fundamentales así como los actos que imponen sanciones. El deber de motivar las decisiones administrativas sufre un notorio relajamiento y una clara flexibilidad, imponiéndose dicha obligación en una clase determinada y específica de actos; v. gr. los que afectan derechos fundamentales.

En esta línea, un sector destacado de la doctrina administrativa plantea distinguir entre la motivación formal externa y motivación interna y ulterior de la resolución. El planteamiento sustentado en la doctrina administrativa española por Desdentado Daroca supone que “la motivación formal externa es la que figura en la resolución administrativa que se notifica al interesado, mientras que la motivación interna y ulterior de la misma es la puesta en conocimiento de los motivos que justifican el acto por vías distintas de la simple

⁽⁸⁸⁾ Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, caso: Alfredo Jalilie Awapara.

⁽⁸⁹⁾ Por todos, DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 179; de la misma autora, “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 84, 2009, pp. 87 y ss.

constancia en la resolución (constancia en el expediente administrativo) o alegación posterior en un trámite ad hoc (como es el caso, por ejemplo, de la revisión de exámenes académicos) o en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo”(90). Otros autores, en línea semejante, como Baca Oneto, postulan que deben distinguirse entre la causa del acto y la motivación como expresión formal de dicha causa; de tal manera que “la falta de motivación constituye una pista de la arbitrariedad, o incluso permite presumir su existencia que solo puede ser desvirtuada por la administración en caso que proporcione las razones que justificaron su decisión”(91).

La consideración de la motivación como elemento sustantivo y esencial de la validez del acto administrativo se la somete a las siguientes críticas: i) Puede generar un efecto perjudicial para la adecuada solución de los conflictos que plantea el ejercicio de las potestades administrativas(92); ii) Retarda y obstaculiza el flujo de las relaciones administrativas (internas o externas) al exigir el cumplimiento de un elemento puramente formal; iii) Afecta el principio de eficacia y eficiencia de los procedimientos administrativos, alentando la morosidad, la lentitud y la burocracia en las decisiones.

4. La tesis que plantea distinguir y postula diferenciar entre motivación y fundamentación y la tesis que relaja la motivación en el campo administrativo pueden ser sometida a una serie de objeciones y críticas.

(90) Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 192: “Es preciso insistir en que el control de la motivación y el control de los motivos o de la fundamentación de las resoluciones administrativas son dos cosas distintas y que, por tanto, el hecho de que la obligación de motivar pueda ser en determinados casos más limitada no impide –o no debería impedir al menos– un adecuado control de arbitrariedad, para lograr el cual es imprescindible una adecuada interpretación –según los casos– de las reglas de la carga de alegación y de la prueba”.

(91) BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 18.

(92) Véase, DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 184.

En primer lugar, desde el punto de vista político-constitucional, se tiene que el hecho de considerar la motivación solo como un elemento formal que se contrapone a la exigencia de la fundamentación como elemento material del acto administrativo (e, incluso, de la resolución judicial), supone un profundo resquebrajamiento del mandato constitucional que consagra como principio constitucional explícito el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 139°.5). El fijar el requisito de la fundamentación en desprecio, menoscabo y contraponiéndolo a la obligación de motivar las resoluciones (judiciales o administrativos) no es otra cosa que restar completamente valor y eficacia a un precepto constitucional directo que posee un significado claramente garantista. Se subvierte el significado de un principio constitucional, dotándole de un contenido que no tiene y de un sentido distinto al que posee. El deber de motivar se cambia por una exigencia completamente distinta que le despoja de su valor tuitivo y de escudo protector del ciudadano frente a los actos arbitrarios del Estado.

A esta postura se le debe reprochar el hecho de que no es compatible ni desarrolla los alcances de la regulación constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 139°, inc. 5 de la Const.) el concebir únicamente a la motivación como una garantía formal y no como una garantía material como es su significado genuino⁽⁹³⁾. La obligación constitucional de la motivación no debe entenderse como si fuera una pura garantía de carácter formal⁽⁹⁴⁾ que se da por satisfecha con la simple presencia de palabras y un discurso intelegible, sin mayor exigencia en cuanto a su contenido y sentido. La motivación es más bien una garantía material en la que para su validez se requiere del aporte de buenas razones y de un discurso justificativo plausible

(93) Sobre el concepto de garantía: FERRAJOLI, Luigi, "Garantías" [Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello], en: *Jueces para la Democracia*, julio/2000, N° 38, pp. 39 y ss.; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pássim.

(94) Cfr. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 348.

tanto para precisar los enunciados fácticos, la prueba, su contenido, como las inferencias que las conectan con los hechos y el derecho aplicable⁽⁹⁵⁾.

La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de auto, sentencia o de cualquier acto administrativo. Por mandato constitucional, no solo las sentencias se motivan, sino toda resolución judicial, salvo los decretos⁽⁹⁶⁾. Una decisión judicial o un acto administrativo sin fundamentación es el modelo de una sentencia y acto arbitrario⁽⁹⁷⁾, pese a que el fallo sea depositario de una justicia intrínseca o, incluso, si se hubiera llegado a la misma conclusión en caso se hubiera fundamentado. La motivación de las resoluciones judiciales y del acto administrativo constituye expresión de la racionalidad en la toma de decisiones y en la determinación del contenido de los derechos fundamentales y, en general, de toda clase de derechos, al margen de si se trata de un derecho humano o un derecho de configuración legal.

En este ámbito, se debe recordar que la relevancia de la prescripción constitucional de motivar las resoluciones judiciales dentro del ordenamiento jurídico peruano se explica por las siguientes razones:

- i) determina la ilegitimidad constitucional de cualquier norma del orden jurídico que pudiera declarar prescindible el deber de motivar las resoluciones judiciales o simplemente excluyera de la motivación a determinados tipos de decisiones (v. gr. autos, sentencias y actos administrativos);

(95) Cfr. TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Trad. de Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 270; CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima, Grijley, 2013, p. 251; RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba: Un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 345.

(96) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, cit., p. 134.

(97) Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, cit., p. 277.

-
- ii) permite una interpretación sistemática integradora de cualquier norma del orden jurídico, de carácter pre o post constitucional, que no estableciera de manera adecuada el deber de motivar las resoluciones judiciales (o de los actos administrativos), facilitando que el precepto en la determinación de su sentido y significado pueda tomar como base la regulación constitucional⁽⁹⁸⁾;
 - iii) posibilita que todas las normas de procedimiento de los distintos órdenes y especialidades se configuren y realicen a partir del sentido del precepto constitucional. La regulación constitucional del deber de motivar las resoluciones judiciales no puede ser ignorada por el legislador ordinario;
 - iv) el juez, o el funcionario administrativo, al momento de decidir debe tomar como obligada referencia el texto constitucional que regula el deber de motivar las resoluciones judiciales, a manera de norma de normas, y que despliega una eficacia directa en su actividad;
 - v) la configuración de un sistema de nulidades a nivel procesal debe tomar en cuenta las prescripciones constitucionales y la violación nuclear a las garantías del sistema de justicia como un requisito de legitimidad y validez. Las nulidades no solo deben tener sustento en la ley (principio de taxatividad), sino también en la Constitución. De allí que sea necesario establecer como causal de nulidad obligatoria la violación de una garantía constitucional básica como es el deber de motivar las resoluciones judiciales⁽⁹⁹⁾.

En segundo lugar, el criterio que considera a la motivación como mera condición formal de la decisión estatal (resolución judicial o acto administrativo), y no como corresponde a manera de una ga-

(98) Véase, TARUFFO, Michele, *La motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 346.

(99) Ampliamente, CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, cit., pp. 136 y ss.

rantía material, desconoce el sentido jurídico-político de las garantías mínimas del debido proceso que se extiende también en sede administrativa⁽¹⁰⁰⁾ y que despliega su efecto irradiante en la protección de los derechos fundamentales⁽¹⁰¹⁾. El derecho fundamental al debido proceso está concebido como el cumplimiento de garantías mínimas que deben ser observadas en todos los procedimientos para poder llegar a soluciones formal y materialmente válidas y justas⁽¹⁰²⁾. Como ha señalado el TC peruano: “el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, forma parte del ‘modelo constitucional del proceso’, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, Lima, Pacífico Editores, 2013, p. 37; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 64; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 340; MORY PRÍNCIPE, Freddy, *El proceso administrativo disciplinario*, Lima, Rodhas, 2013, 5ª ed., pp. 58, 76, 89 y 91; CERVANTES ANAYA, Dante, *Manual de Derecho Administrativo*, Lima, Rhodas, 2013, 7ª ed., p. 272.

⁽¹⁰¹⁾ Exp. N° 02098-2010-PA/TC, caso: Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado; Exp. N° 0538-2003-HC/TC, caso: Víctor Alfredo Polay Campos; Exp. N° 00263-2012-AA/TC, caso: Edgard Jorge Peralta Arapa; Exp. N° 0258-2003-HC/TC, caso: Percy Jeremías Rodríguez Carbajal; Exp. N° 2050-2002-AA/TC, caso: Carlos Israel Ramos Colque; Exp. N° 5374-2005-PA/TC, caso: Adela Eskenazi de Yarin; Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera: “En reiteradas oportunidades el Tribunal ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁽¹⁰²⁾ Exp. N° 00914-2011-PA/TC, caso: Carol Begoña García Langer y Otros; Exp. N° 00311-2010-PA/TC, caso: Miguel Ángel López Medina.

con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir”⁽¹⁰³⁾.

Las garantías mínimas son aquellas condiciones y elementos cuya ausencia priva al proceso de lo justo y debido⁽¹⁰⁴⁾. Nuestra Constitución ha previsto en su artículo 139° un amplio catálogo de principios que rigen la función jurisdiccional que constituyen los *derechos fundamentales del proceso*⁽¹⁰⁵⁾, que no son más que un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conveniente incorporar dentro de nuestra *norma normarum* para poder otorgarle validez

(103) Exp. N° 010-2002-AI/TC, caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos; Exp. N° 00311-2010-PA/TC, caso: Miguel Ángel López Medina; Exp. N° 0185-2003-HC/TC, caso: Alex Ríos Barreto; Exp. N° 0258-2003-HC/TC, caso: Percy Jeremías Rodríguez Carbajal; Exp. N° 01407-2007-PA/TC, caso: Intendencia de Aduana de Tacna; Exp. N° 02790-2012-HC/TC, caso: Wilfredo Malca Vera; Exp. N° 0247-2003-HC/TC, caso: Segundo Teodomiro Vásquez Bustamante; Exp. N° 0538-2003-HC/TC, caso: Víctor Alfredo Polay Campos; Exp. N° 2521-2005-PHC/TC, caso: César Darío Gonzales Arribasplata; Exp. N° 2625-2002-HC/TC, caso: Leocadio Huaycho Chahuayo; Exp. N° 0215-2003-HC/TC, caso: Audias Josué Pérez Aguirre; Exp. N° 2587-2002-HC/TC, caso: Teobaldo Rumiche Fiestas; Exp. N° 2494-2002-HC/TC, caso: Alfonso Joel Asencios Borja; Exp. N° 2513-2002-HC/TC, caso: Amador Oré Durand; Exp. N° 2192-2002-HC/TC, caso: Brígida Marcela Noreña Tolentino; Exp. N° 2169-2002-HC/TC, caso: Paul Sardón Rubi de Celis; Exp. N° 266-2002-AA/TC, caso: Carmen Tafur Marín de Lazo y otros; Exp. N° 390-2003-HC/TC, caso: Marcos Sandoval Romaina.

(104) En la doctrina peruana: GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN; *Manual del procedimiento administrativo general*; p. 38. Véanse, las STC en los Exp. N° 01901-2010-PA/TC, caso: Florentino Cusitito Ninantay; Exp. N° 2704-2004-AA/TC, caso: Ministerio de Agricultura; Exp. N° 2933-2002-HC/TC, caso: Tomás Alberto Candia Machacuay; Exp. N° 591-2003-HC/TC, caso: Augusto Camacho Alarcón; Exp. N° 03593-2009-PHC/TC, caso: César Enrique Cabrera Yovera.

(105) En la doctrina administrativa: ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 340; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 37.

constitucional⁽¹⁰⁶⁾. Su cumplimiento permite ajustar y compatibilizar el proceso a un estándar constitucional y convencional mínimo; debajo de dicho umbral el proceso deviene en injusto, inequitativo e, incluso, inconstitucional. Si bien nuestra Constitución (art. 2°.24 y 139°) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8°) establecen garantías mínimas de todo proceso que quiera llamarse justo, su regulación no agota ni da por cerrada la posibilidad de que pueden incorporarse otra clase de garantías como contenido del debido proceso⁽¹⁰⁷⁾.

La doctrina administrativa nacional reconoce que el debido proceso administrativo cuenta con tres aspectos importantes⁽¹⁰⁸⁾:

- i) El derecho al procedimiento administrativo en el sentido de que los administrados tienen derecho a que sus pretensiones se planteen, discutan y se prueben dentro de un procedimiento determinado. Las decisiones administrativas como regla solo se deben adoptar en el marco y dentro de un procedimiento administrativo;
- ii) La no desviación del procedimiento predeterminado por ley ni de los fines públicos que se persiguen. No debe crearse ni procedimientos ad hoc, al margen de la ley o violando la ley, ni afectarse los actos esenciales que componen dicho procedimiento;
- iii) El derecho a las garantías mínimas, esenciales, llamado también estándar mínimo de los elementos que componen un procedimiento que pueda y quiera denominarse justo. El

⁽¹⁰⁶⁾ Exp. N. 02600-2009-PHC/TC, caso: Jorge Javier Morán Terrones; Exp. N°. 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.

⁽¹⁰⁷⁾ La Corte IDH en la opinión consultiva OC-11/90 del 20 de agosto de 1990 ha señalado: "El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal".

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 64.

procedimiento administrativo es un elemento esencial que condiciona la validez del acto administrativo; de tal manera que la ausencia de procedimiento o la violación al núcleo esencial de las garantías que lo componen suponen la invalidez del acto administrativo⁽¹⁰⁹⁾.

Dentro de las garantías mínimas del debido proceso, se encuentran el deber de motivar las resoluciones judiciales⁽¹¹⁰⁾, el derecho a ser oído, el derecho a un Tribunal independiente e imparcial⁽¹¹¹⁾, a un juez natural⁽¹¹²⁾, el derecho de defensa⁽¹¹³⁾, el derecho a la doble instancia⁽¹¹⁴⁾, el plazo razonable⁽¹¹⁵⁾, entre otras. Sin embargo, se reconoce, con razón, que la aplicación del debido proceso al procedimiento administrativo no es mecánico ni se puede trasladar automáticamente todas las categorías del debido proceso judicial; de tal manera que debe ajustarse a las particularidades propias y a las características del procedimiento administrativo; v. gr., en sede administrativa, no existe derecho a la cosa juzgada, sino a la cosa decidida que puede ser impugnada en sede contenciosa dentro de los plazos previstos, el

(109) Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 37; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 147.

(110) Exp. N° 00037-2012-PA/TC, caso: Scotiabank Peru S.A.A.; Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras.

(111) Exp. N° 0247-2003-HC/TC, caso: Segundo Teodomiro Vásquez Bustamante; Exp. N° 0185-2003-HC/TC, caso: Alex Ríos Barreto; Exp. N° 2625-2002-HC/TC, caso: Leocadio Huaycho Chahuayo; Exp. N° 0215-2003-HC/TC, caso: Audias Josué Pérez Aguirre; Exp. N° 2494-2002-HC/TC, caso: Alfonso Joel Asencios Borja; Exp. N° 2587-2002-HC/TC, caso: Teobaldo Rumiche Fiéstas.

(112) Exp. N° 1152-2003-HC/TC, caso: Edwin Zelada Vergara; Exp. N° 1617-2003-HC/TC, caso: Soledad María Abanto Chavarría; Exp. N° 2933-2002-HC/TC, caso: Tomás Alberto Candia Machacuay.

(113) Exp. N° 03593-2009-PHC/TC, caso: César Enrique Cabrera Yovera; Exp. N° 4719-2007-PHC/TC, caso: Shaid Hussein Bi; Exp. N° 04789-2009-PHC/TC, caso: Marcel Karl Witte.

(114) Exp. N° 01901-2010-PA/TC, caso: Florentino Cusitito Ninantay.

(115) Exp. N° 04144-2011-PHC/TC, caso: Jorge Camet Dickmann.

principio de pluralidad de instancias sufre limitaciones de acuerdo a la naturaleza del órgano y a las previsiones normativas⁽¹¹⁶⁾.

Si bien hoy nadie discute que el deber de motivar las decisiones estatales constituye uno de los aspectos centrales del debido proceso que rige tanto en su diseño, configuración y estructura interna como en la parte decisoria del mismo, el aspecto más importante reside en que la motivación forma parte de las garantías más elementales del proceso justo o equitativo, propio de una sociedad democrática en la que se respetan los derechos de las personas, que sirve como garantía contra la arbitrariedad del Estado y en especial contra el cuerpo de sus funcionarios que pueden estar tentados a ejercer su poder por el mero capricho, sin detenerse a respetar criterios básicos de racionalidad y de cumplimiento de las normas del orden jurídico.

Un planteamiento que prescinde de la motivación como garantía mínima del debido proceso está en condiciones también de relajar y convertir en polvo las (demás) garantías básicas de la administración de justicia que abarcan todos los ámbitos de actuación del Estado. Si este criterio enervante se aplica y extiende a otros principios constitucionales como el derecho de defensa (prohibición de indefensión en cualquier etapa del proceso) y el derecho a ser informado de la imputación de manera detallada, bastaría con interpretar dichos mandatos como si fuera suficiente que a una persona acusada de un delito grave se le dé la oportunidad de defenderse personalmente, sin que sea necesario dotarle de un abogado defensor (defensa técnica), o que el derecho a ser informado de la acusación se entienda cumplido recién y solo cuando existe acusación formal (y no antes); de tal manera, que ni sería necesario la designación de una defensa técnica ni sería exigible una defensa eficaz para el ciudadano provista por el Estado y, además, se debería sostener que antes de la acusación el ciudadano no tiene por qué recibir información alguna acerca de los graves y serios cargos que pesan en su contra.

⁽¹¹⁶⁾ Por todos, GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, pp. 41 y 43.

En tercer lugar, en el Perú quienes postulan la tesis de distinguir entre motivación y fundamentación, o el planteamiento próximo del carácter prescindible y no necesario de la motivación, sostienen en realidad un criterio de *lege ferenda* (lo que debe ser la ley), pero no de *lege lata* (lo que dice la ley). Con su escogencia sugieren lo que debe ser la ley o lo que debe hacerse en un eventual proceso de reforma, pero no interpretan, ni tienen en cuenta el mandato expreso y claro de la Constitución y la Ley General de Procedimientos administrativos (Ley N° 27444), que de manera inequívoca imponen la obligación de motivar los actos administrativos y que, además, establecen de modo categórico la motivación como uno de los requisitos de validez del acto administrativo.

Importar al Perú, sin el necesario tamiz crítico y sin una elemental precaución, posiciones que se ventilan y no dejan de ser interesantes en el derecho comparado (v. gr. España) y que reflejan una particular interpretación de la ley foránea es no solo peligroso, sino que refleja no tanto desconocimiento como falta de vinculación a la ley peruana (art. 146°.1 de la Const.), como la idea de que las posiciones dogmáticas y académicas pueden estar por encima del texto de la ley (y de la Constitución)⁽¹¹⁷⁾. En buena cuenta, trasladar una doctrina extranjera por muy respetable que sea, sin un análisis previo de la ley vernacular, supone pasar por alto el derecho positivo y promover una violación lamentable de los alcances del principio de legalidad que es una base indiscutible del Derecho administrativo (art. IV; 1°.1 del TP de la LGPA) y del ordenamiento jurídico. Basta recordar que el art. 3°.4 de la LGPA prescribe como requisito de validez del acto administrativo, sin dejar margen de duda, que: "*El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico*", y que el art. IV del Título Preliminar del LGPA regula como principio rector que: "*Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento*".

(117) Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* [Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero], Barcelona, Ariel, 1980, pp. 215 y 220.

administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho" (1.2). Con una regulación tan contundente resulta más que notorio que si falta un requisito de validez del acto administrativo –nótese que la ley peruana no distingue siquiera entre requisito esencial y requisito no esencial, o entre requisito formal o requisito material– no se está solo ante un acto irregular, ineficaz sino ante un acto –así de simple– inválido para el Derecho administrativo que no es otra cosa que un acto nulo (arts. 8° y 10° de la LGPA)⁽¹¹⁸⁾.

La ley peruana en el ámbito administrativo, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones extranjeras, consagra expresamente la regla de la obligatoriedad de la motivación de los actos administrativos⁽¹¹⁹⁾ y solo regula algunos, y muy contados casos, en los que se puede prescindir de la motivación, pero solo de manera excepcional. Una decisión de este tipo no solo representa tomar partido por una opción legal, sino adoptar una opción político-constitucional que delimita dentro de un contexto amplio la relación ciudadano-administración, el valor de los derechos fundamentales como garantía efectiva frente al poder estatal y la ampliación de las reglas del debido proceso a un marco distinto del proceso judicial.

En el Perú, los casos excepcionales en los que se relaja y atenúa el deber de motivación de los actos administrativos son los siguientes:

(118) Cfr. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez años después* (Diego Zegarria Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., pp. 352 y ss.

(119) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 157: "Para el régimen nacional, la motivación ha dejado de ser un elemento formal del acto administrativo, para inscribirse dentro del aspecto esencial de la sustancia del acto"; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarria Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 356.

-
- i) los actos de mero trámite y que impulsan el procedimiento (art. 6°.4.1); v. gr. traslados de documentos, proveído de informes, siempre que no afecten ni derechos ni intereses de terceros;
 - ii) los actos en los que la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros. Se sigue aquí el principio *pro administrado*, siempre que no se lesionen derechos y esferas jurídicas de otras personas (art. 6°.4.2);
 - iii) los casos en los que la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, en los que basta la motivación única (art. 6°.4.3). Se trata de actos administrativos estandarizados, no necesariamente simultáneos, que pueden ser resueltos mediante una única motivación. La flexibilización de la motivación del acto administrativo se debe en estos casos a la conveniencia de aligerar la carga de la administración⁽¹²⁰⁾, cumplir con las exigencias de los principios de economía, rapidez y eficiencia sin que ello suponga la afectación de los derechos de terceros.

En cuarto lugar, una posición como la que aquí se critica relaja, deteriora y vuelve inservible en la práctica el principio constitucional implícito de proscripción de arbitrariedad, toda vez que avala y autoriza que los distintos sectores de la administración no cumplan con el deber de motivar los actos administrativos, siempre que luego puedan escudarse en la invocación de la existencia de elementos y criterios materiales que les permitan sustentar su decisión⁽¹²¹⁾. Para esta tesis lo importante no es resolver de manera racional y motivada

(120) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 161.

(121) Resalta la importancia de este principio: ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 353.

las pretensiones que se formulan a la administración, sino reparar en si existen elementos que permitan recién suplir la ausencia de justificación, solo, por supuesto, si alguien reclama o protesta. La administración no tiene por qué cumplir con motivar sus fallos. Solo debe preocuparse de que haya una base mínima que le permita posteriormente suplir la deficiencia de no expresar las razones de su decisión oportunamente. Se autoriza a la administración al secretismo, al silencio, a la no expresión de razones y a no cumplir con uno de los principios básicos del Estado democrático como es la publicidad y transparencia de sus decisiones, las cuales sustentan la legitimidad del poder estatal⁽¹²²⁾. Como hace algunos años señaló Kriele: "El poder de Estado es legítimo cuando vale por justificado en general a los ojos de sus súbditos. En la actualidad, el poder estatal vale como justificado solo cuando puede ser fundado en consideraciones material-rationales. La racionalidad material es el motor que impulsa a la historia universal desde el comienzo de la época moderna; es el corazón palpitante del Estado moderno"⁽¹²³⁾.

Un criterio como el que aquí se critica pasa por alto que el principio de interdicción de arbitrariedad es portador de un mandato que rige y debe cumplirse *ex ante*, esto es, de modo previo a toda acción estatal, y no es un principio que rige *ex post*, luego de que la acción estatal se ha desplegado y ejecutado. De otro modo, el contenido material de dicho principio sería absolutamente innecesario y carente de sentido para toda la organización estatal y el cuerpo de funcionarios que lo componen a quienes se les transmitiría el mensaje: "*sé arbitrario cuando quieras, pero si el ciudadano protesta o reclama recién tienes que ser racional y aportar razones*".

(122) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 157.

(123) KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 39: "también el Estado en su totalidad y sus instituciones constitucionales sólo pueden ser comprendidas si se conocen las razones en que estas se basan. Se les puede criticar y reforzar, si se conocen esas razones. El problema de la legitimidad es, por tanto, hoy el problema de la justificación (material) racional del poder estatal".

La distinción entre motivación, fundamentación y la consideración de la motivación como un requisito formal del que se puede prescindir acarrea no solo que la obligación de motivar sea una obligación constitucional y legal de carácter “diferido” –solo se tiene el deber de motivar si alguien lo exige o protesta por el acto arbitrario–, sino que, además, consagra desde el punto de vista racional y práctico como valores el ocio, la pereza y la desidia de la administración en la solución de los asuntos y las materias controvertidas que debe resolver. La máxima “*haga lo que quiera y solo después fundamente si alguien está disconforme*” genera no solo desconcierto e incertidumbre en la sociedad; lo peor es que conduce a tener como regla una administración caótica, irracional y cuando no arbitraria. El requisito de la motivación como condición de validez de los actos administrativos es sustituido por la regla de la posibilidad de rectificación de los actos administrativos solo si alguien impugna el acto arbitrario⁽¹²⁴⁾, bajo el lema “*dañe luego corrija*”.

En quinto lugar, uno de los aspectos más lamentables y críticos de sostener el carácter no esencial de la obligación constitucional de motivar, ya sea en sede administrativa o jurisdiccional, es la afectación al núcleo esencial del derecho de defensa que como mandato constitucional prescribe: “*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*” (art. 139°.14 de la Const.). El derecho de defensa rige no solo en el ámbito del proceso judicial. El alcance de este derecho también se traslada al campo del *derecho*

(124) No está de más señalar que una postura semejante alienta y profundiza la estructural y profunda desigualdad en el Perú, como en toda Latinoamérica, en donde la mayoría de la población si es que no vive en pobreza extrema lo hace en condiciones de suma precariedad. Se da la paradoja que lejos de exigir que el Estado sea respetuoso de los derechos de sus ciudadanos y les otorgue garantías mínimas, reduciendo con ello la desigualdad estructural, termina asumiendo una patente de corso para cometer cada vez que quiera actos arbitrarios y en el que, de más está decirlo, los más perjudicados son las personas de bajos recursos que son las que justamente no pueden defenderse, impugnar ni protestar, acrecentado la situación crítica de vulnerabilidad a la que están sometidos.

administrativo⁽¹²⁵⁾ y al derecho disciplinario de las distintas entidades públicas⁽¹²⁶⁾ o privadas⁽¹²⁷⁾.

La ley fundamental cuando establece y consagra la prohibición de indefensión en cualquier estado del proceso no solo se refiere a la obligación de que en el caso concreto deba existir los actos de imputación, información y comunicación escrita de los cargos⁽¹²⁸⁾, el derecho

(125) Cfr. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., pp. 337 y ss.; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., pp. 37 y ss.

Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, recaída en el Exp. N° 203-2003-AA/TC: "ha quedado acreditado que el demandante fue cesado sin ser sometido a un debido proceso administrativo y sin respetarse su derecho de defensa, habida cuenta de que ni se le notificó de los cargos formulados en su contra, ni se aportó prueba alguna que justificara tal proceder".

(126) Véase, las Sentencias del Tribunal Constitucional peruano recaídas en los Exp. N° 649-2002-AA/TC; Exp. N° 1003-98-AA/TC, caso: Jorge Miguel Alarcón Menéndez; Exp. N° 3954-2006-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo.

(127) Véase, las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Exp. N° 5314-2007-AA/TC, caso: Willy Noriega Sánchez; Exp. N° 1461-2004-AA/TC; 0067-1993-AA/TC; Exp. N° 0355-99-AA/TC.

(128) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, "Correlación y Desvinculación en el Proceso penal. A propósito del Nuevo artículo 285°-A CPP", en: *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*, cit., p. 185; KAI Ambos, *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., p. 75; VERGER GRAU, Joan, *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 62; REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El Interrogatorio del Imputado*, cit., p. 24; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El Derecho fundamental a ser Informado de la Acusación*, cit., p. 100; ASENSIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 62.

El TC peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 1003-98-AA/TC, caso: Jorge Miguel Alarcón Menéndez ha señalado que: "El Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en la medida en que la omisión de proveer el informe de la comisión que sustentaba la sanción propuesta no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Solo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. Idónea en

a contradecir⁽¹²⁹⁾, presentar tachas u oposiciones, el ofrecer pruebas de descargo o que refuten la credibilidad de las pruebas de cargo⁽¹³⁰⁾ (derechos al interior del proceso), sino que, además, este derecho se respete y cumpla muy especialmente durante la etapa decisoria; de tal manera que las razones (fácticas, probatorias y jurídicas) que se tuvo para resolver el caso de una determinada forma, y no de otra, se debe comunicar obligatoria e inevitablemente al ciudadano en ejercicio del derecho de defensa y fundamentalmente para preservar su derecho al recurso.

Una de las objeciones más fuertes y serias que se le puede dirigir a este criterio es que el limitar la motivación de la decisión administrativa a una cuestión puramente formal (no obligatoria) viola de manera flagrante la función endoprocesal que se le atribuye unánimemente a esta garantía⁽¹³¹⁾ que se conecta de manera directa con el derecho de

cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra a través de la cual podía ilustrar al órgano que debía imponer la sanción y, así, controvertir o contradecir ante aquel –en cuanto órgano decisorio– los cargos efectuados por el órgano que se hizo del procedimiento de investigación. Y, eficaz, por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al criterio asumido por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzaba solo conociendo la conclusión final que aquel asumía en el citado informe”.

El TC peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 1690-2005-PA/TC ha señalado que: “El estado de indefensión opera en el momento en que, al atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídicos, se le sanciona sin permitírsele ser oído o formular sus descargos con las debidas garantías, situación que puede extenderse a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover”.

(129) Exp. N° 8605-2005-AA/TC, caso: Engelhard Perú S.A.C. (en liquidación); Exp. N° 02269-2007-PA/TC, caso: Roy Alberto Melgar Altamirano

(130) Exp. N° 00926-2007-PA/TC, caso: C.F.A.: “el derecho de defensa posibilita contradecir no sólo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la autoridad, por lo que el conocimiento del material probatorio de cargo constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión”.

(131) Véase, CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, cit., pp. 164 y ss. Respecto a las funciones de la motivación en el campo administrativo: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la*

defensa, al impedir que el accionante o una parte del procedimiento administrativo pueda conocer las razones por las que la administración deniega su pedido⁽¹³²⁾. Sin embargo, el asunto no queda allí, toda vez que a ello se añade que con la falta de justificación al ciudadano se le está generando formal y materialmente una situación inequívoca de indefensión. En buena cuenta, se le está privando de la posibilidad de conocer los términos y el contenido de la decisión que le perjudica⁽¹³³⁾.

Lo grave de la afectación del derecho de defensa (y la creación del estado de indefensión) es que al ciudadano se le despoja de la posibilidad de recurrir o accionar en términos razonables, cierto o por lo menos cognoscible, ya que si no sabe las razones por las que se negó su petición no podrá ejercer en forma efectiva y real su derecho al recurso y acudir a otras vías en protección de sus derechos afectados (v. gr. contencioso). Si el ciudadano no conoce ni se le informa las razones de la decisión que le perjudica no estará en condiciones materiales de cuestionar y rebatir racionalmente la decisión adversa⁽¹³⁴⁾. En efecto, el ciudadano no puede atacar la injusticia de la decisión sencillamente porque no puede decir que la decisión es injusta, desde

ley del procedimiento administrativo general, cit., p. 158; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 329.

(132) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, cit., p. 142; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 124; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., p. 178; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 16; ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, en: *Razonamiento Judicial*, cit., p. 371; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 157; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 196; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso penal acusatorio*, cit., p. 166.

(133) Expresamente lo reconoce: BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 20.

(134) Cfr. HUERGO LORA, A., "La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo", en: *Revista de Administración Pública*, N° 145, 1998, p. 106.

el momento que no conoce la motivación⁽¹³⁵⁾. Al ignorar las razones de la decisión no puede orientar su defensa, actual y futura. El hecho de que la administración cuente con patente de corso para no motivar los actos que realiza supone colocar a la persona en una situación ni siquiera de incertidumbre, sino de incerteza normativa absoluta que le impide defender los derechos fundamentales involucrados con el planteamiento de su pretensión a la vez que hace inviable la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva (art. 139°.3 de la Const.) a través del derecho al recurso y a la pluralidad de instancias (art. 139°.6 de la Const.), pues si no se conocen las razones del fallo ¿cómo es posible recurrir e impugnar?

La doctrina administrativa nacional⁽¹³⁶⁾ y la jurisprudencia constitucional peruana reconoce que se afecta el derecho de defensa cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales adecuados para su defensa⁽¹³⁷⁾, en especial, cuando

(135) Cfr. IACOVIELLO, Francesco Mauro, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 359.

(136) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 160; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 338; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 329.

(137) Exp. N° 3741-2004-AA/TC, caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenque en donde se considera, además, que: "Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce '(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)'" (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio".

se imposibilita el derecho al recurso⁽¹³⁸⁾. Así, por ejemplo, cuando la administración niega al ciudadano la posibilidad de identificar las causas exactas de un acto administrativo, esto es, al no conocer las razones de su decisión, se encuentra imposibilitado de poder recurrir dicha decisión⁽¹³⁹⁾. El TC peruano ha señalado la importancia de la motivación de los hechos y de la calificación jurídica de un acto administrativo respecto al derecho al recurso al señalar lo siguiente: “es lógico, si el acto administrativo que desestimó el recurso de reconsideración tampoco expresó los hechos tipificados como faltas graves, ni el sustento jurídico que justificó la decisión, la actora no tenía posibilidades de desvirtuar los fundamentos que dieron origen a la resolución impugnada”⁽¹⁴⁰⁾. La Corte IDH en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón vs. Venezuela** de fecha 1 de julio de 2011 concluyó que “si el acto de remoción de la señora Chocrón Chocrón se hubiese motivado, la presunta víctima

(138) Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanesa Espinoza Sori: “El Tribunal estima que esta disposición debe ser enjuiciada a partir de la relevancia constitucional que adquiere en nuestro sistema jurídico el derecho de defensa y, como parte de este derecho, el de recurrir las decisiones que causan agravio, así como la garantía constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa en el marco de su ejercicio”.

(139) Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

(140) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto: “La cuestionada Resolución del Comando de Personal-JAPE, 4, N° 318-CP-JAPE, del 20 de marzo de 2001, que en copia corre a fojas 3 de autos, ordena, en su artículo 1°, dar de baja a la recurrente. Se trata, pues, de una decisión administrativa que contiene una sanción, razón por la cual la exigencia de la motivación debía ser rigurosa, sea mediante la expresa incorporación de sus propias razones, o a través de la remisión a los informes o dictámenes correspondientes. Sin embargo, y aun cuando se trata de un acto administrativo que contiene una sanción tan grave como la expulsión, del texto de la cuestionada resolución fluye que la Administración no solo no ha hecho mención a los hechos imputados a la recurrente y que sirvieron de sustento para decidir la imposición de tal medida, sino que tampoco expresa los dispositivos legales específicos que se habrían infringido, dado que solo se refiere, de manera general, al Reglamento de la Escuela de Enfermería del Ejército, sin indicar cuál o cuáles son las normas aplicables, esto es, en qué disposición se ampara, como tampoco ha incorporado el texto de los dictámenes o informes emitidos por los órganos consultivos correspondientes”.

podría haber preparado en mejor forma los recursos interpuestos para su defensa, sin el margen de error que las conjeturas producen”; y que “en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona (a las partes) la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”. La Corte IDH en la sentencia del caso **López Mendoza versus Venezuela del 1 de setiembre de 2011** ha precisado lo que sigue: “la falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”.

Solo cuando la resolución judicial se encuentra debidamente motivada es posible que el órgano jurisdiccional superior pueda detectar los vicios que afectan e invalidan la decisión que se fija y denuncia en el recurso. El ejercicio del derecho al recurso depende en buena cuenta de la fundamentación del fallo de instancia; de tal manera que una sentencia no motivada, ya sea en los hechos o en el derecho, en la práctica lo que hace es impedir y bloquear el derecho al recurso⁽¹⁴¹⁾.

(141) El Tribunal Supremo español en la **Sentencia N° 123/2004, de 6 de febrero** ha señalado lo que sigue: “el incumplimiento del deber de motivar crea una objetiva imposibilidad de operar adecuadamente en esta instancia. Y es que, en efecto, el examen de una sentencia desde la óptica de la casación exige como presupuesto una decisión suficientemente razonada, tanto en lo que hace a la valoración de los datos probatorios como en su vertiente jurídica. De otro modo, este tribunal tendría que subrogarse en el papel de instancia y examinar el cuadro probatorio de primera mano, lo que, claramente, no cabe. Así las cosas, la denuncia de la infracción del principio a la presunción de inocencia que alegan los acusados podrá o no ser cierta, pero es algo que no puede saberse a través de la lectura de la sentencia, que es rigurosamente opaca al respecto. Por lo que la conclusión de que en la misma se ha incumplido el deber de motivar es francamente inobjetable. Y, siendo así, tampoco es posible formar juicio en esta instancia sobre la existencia o no de verdadera prueba de cargo que funde la condena”.

En sexto lugar, el hecho de que lo importante no sea la motivación, sino la fundamentación de los actos administrativos en el sentido de si existe o no sustento para tomar una decisión; se destaca que a la administración se le permite ofrecer y presentar sus argumentos en sede judicial, en concreto en el proceso contencioso-administrativo, pese a que no los planteó oportunamente al momento que decidió realizar el acto administrativo. La entidad administrativa demandada tiene la posibilidad de subsanar y corregir lo que hizo mal en sede judicial⁽¹⁴²⁾. Se le concede una suerte de poder de "*reserva de la motivación*" para que pueda presentar recién las razones si es que el ciudadano impugna la decisión administrativa que le perjudica, con la sola condición de que dentro del proceso administrativo haya datos objetivos y sustento material que le facilite sostener el criterio adoptado en la expedición del acto administrativo. Queda claro que si el ciudadano perjudicado con la decisión administrativa no recurre al contencioso, o no utiliza algún otro recurso semejante, la administración habrá decidido, sin que se haya impuesto y menos cumplido con la obligación de justificar las razones del fallo. En pocas palabras, la motivación del acto administrativo deja de ser algo obligatorio, desde el punto de vista jurídico, para pasar únicamente a constituir una cuestión contingente y aleatoria que se supedita a que el perjudicado demande en la vía contencioso-administrativa y se instaure el proceso. La motivación solo dependería ni siquiera de si existe o no un acto arbitrario, de si se causó o no perjuicio, sino de una eventual, casual y siempre impredecible voluntad impugnativa⁽¹⁴³⁾.

En estas circunstancias completamente ventajosas y favorables para la administración, la única forma de que ella pierda es que dentro del proceso contencioso-administrativo no aporte razones, por desidia, o porque no tiene argumentos que respalden su posición y que cubran

⁽¹⁴²⁾ Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, "El Principio de interdicción de la arbitrariedad", en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 185: "la Administración puede aducir, en el curso del mismo (del procedimiento administrativo), las razones justificativas que olvidó manifestar a través de la motivación y, en su caso, del expediente".

⁽¹⁴³⁾ Véase, al respecto, TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 339.

los aspectos controvertidos por el demandante. No obstante, si en el proceso la administración aporta la justificación, ya sea formal o material, que sustenta la decisión cuestionada al órgano jurisdiccional, solo le queda declarar la conformidad a derecho de la misma, y el particular no podrá siquiera alegar la indefensión, debido a que dentro del contencioso pudo conocer y cuestionar las razones de la motivación⁽¹⁴⁴⁾.

Un criterio semejante crea y configura un privilegio injusto a favor de la administración, la cual tendrá la oportunidad de ofrecer mejores argumentos que el perjudicado. El Estado y los entes administrativos siempre contarán con mayores posibilidades y una posición ventajosa respecto al ciudadano toda vez que se les brinda la posibilidad de corregir sus errores y de subsanar las violaciones a la Constitución y a la ley en las que hubieran incurrido.

En sétimo lugar, la posición que considera a la motivación como elemento puramente formal plantea a su favor ventajas pragmáticas compatibles con los principios de conservación y economía procesales que “justificaría conservar aquellos actos con vicios formales que luego fueran correctos en el fondo y no arbitrarios, siempre que no produzcan indefensión”⁽¹⁴⁵⁾.

A este punto de vista se le critica el hecho que somete al ciudadano a una doble victimización y perjuicio debido a que, por un lado, se comete en contra de este por parte de la administración un acto arbitrario (no justificado) que debe tolerar, pese a las graves consecuencias que puede arrastrar; y luego, por otro lado, se le obliga al perjudicado a transitar por los pasillos judiciales en búsqueda

(144) Por todos, DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 186.

(145) BACA ONETO, VÍCTOR en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 20: “Estos principios también exigirían que la Administración presente sus razones, aún a destiempo, para que puedan ser enjuiciadas por los Tribunales, de modo que si se consideran insuficientes por los Tribunales, el acto se anularía por el fondo, no solo por motivos formales, y no sería posible para la administración volver a dictar un acto idéntico, ahora sí con toda razón”.

de anular el acto arbitrario. La arbitrariedad presente al no motivar el acto administrativo genera un costo económico, psicológico y social al ciudadano que se pudo evitar satisfactoriamente si es que la administración hubiera cumplido en su momento con la obligación constitucional y legal. En efecto, por la desidia, negligencia y actitud, incluso, dolosa de la administración se le impele a recorrer –muchas veces de manera innecesaria– un proceso judicial (contencioso) que se hubiera evitado si la administración cumpliera con la obligación constitucional de motivar sus decisiones, situación que supone no solo la congestión de la justicia contenciosa, la afectación a la tutela judicial efectiva, al debido proceso que se extiende también al campo administrativo, sino la producción de gastos (y daños) al particular por el solo hecho de incumplir con una obligación constitucional⁽¹⁴⁶⁾.

Queda claro que la eventualidad de que el ciudadano pueda ser indemnizado y luego se active un proceso disciplinario que puede terminar, incluso, con la destitución del funcionario no elimina el problema de origen respecto a que el cumplimiento de una obligación jurídica específica y el ajustarse a criterios de racionalidad mínima hubiera permitido evitar el problema.

IV. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

a) La motivación como deber de los poderes públicos

1. En reiterada jurisprudencia, el TC peruano ha entendido que todos los poderes públicos deben respetar y cumplir de manera

⁽¹⁴⁶⁾ Incluso, este hecho es reconocido por quienes se muestran afines a sostener que la motivación solo es un elemento formal (no sustantivo) del acto administrativo; véase, DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, cit., p. 186, quien considera que en estos casos el particular tiene derecho a exigir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios; BACA ONETO, Víctor, en el Prólogo del libro de VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, cit., p. 20.

estricta con las reglas del debido proceso, entre las que se cuenta como uno de los elementos básicos, el deber de motivar los actos y decisiones administrativas.

Dicho deber lo ha declarado respecto a todo ente público como, por ejemplo, los Ministerios del Estado (v. gr. el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽¹⁴⁷⁾, el Ministerio del Interior⁽¹⁴⁸⁾), las Municipalidades⁽¹⁴⁹⁾, Gobierno Regional⁽¹⁵⁰⁾, el Consejo Nacional de la Magistratura⁽¹⁵¹⁾, la Corte Superior de Justicia⁽¹⁵²⁾, el Tribunal Fiscal⁽¹⁵³⁾,

(147) Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino.

(148) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 2180-2012-PA/TC, caso: Marco Edson Otero Alvarado; Exp. N° 213-2000-AA/TC, caso: Branko Vinko Banic Jara; Exp. N° 04085-2009-PA/TC, caso: Edinson Andrés Centurión Arizola; Exp. N° 04029-2011-PA/TC, caso: Willian Tafur Reátegui; Exp. N° 240-2000-AA/TC, caso: Dennis Alberto Pinto Gutiérrez; Exp. N° 319-2000-AA/TC, caso: Luis A. Ramírez Rupay; Exp. N° 250-2000-AA/TC, caso: Pablo Emilio Ávila Aguayo.

(149) Véase, Exp. N° 1238-2000-AA/TC, caso: Sucesión Manuel García Cuba; Exp. N° 05856-2009-PC/TC, caso: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A.; Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 03106-2011-PA/TC, caso: Sincler Alfonso Ramírez García; Exp. N° 03169-2006-PA/TC, caso: Pablo Cayo Mendoza.

(150) Exp. N° 0884-2004-AA/TC; caso: Eusebia Judict Buendía Fernández.

(151) Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras; Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. 1873-2009-PA/TC, caso: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui; Exp. N° 4596-2006-PA/TC, caso: José Vicente Loza Zea; Exp. N° 08495-2006-PA/TC, caso: Ramiro Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén; Exp. N° 02061-2011-PA/TC, caso: Iván Alberto Torres Portocarrero; Exp. N° 03597-2011-PA/TC, caso: Roger Alcides Salazar López; Exp. N° 01807-2011-PA/TC, caso: Carlos Alberto Gonzales Ortiz; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán.

(152) Exp. N° 2732-2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas.

(153) Exp. N° 00294-2005-PA/TC, caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.; Exp. N° 04651-2006-AA/TC, caso: América Servicios S.A.C.

la Superintendencia Nacional Tributaria⁽¹⁵⁴⁾, las Universidades⁽¹⁵⁵⁾, la Asamblea Nacional de Rectores⁽¹⁵⁶⁾, la Marina de Guerra del Perú⁽¹⁵⁷⁾, la Comandancia General del Ejército⁽¹⁵⁸⁾, la Policía Nacional del Perú (v. gr. la Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú⁽¹⁵⁹⁾), la Oficina de Normalización Previsional⁽¹⁶⁰⁾, el Organismo Supervisor

(154) Exp. N° 04168-2006-PA/TC, caso: Fernando Samuel Enrique Vásquez Wong; Exp. N° 9212-2005-PA/TC, caso: Sgs Societé Généralé de Surveillance S.A.; Exp. N° 04343-2009-PHC/TC, caso: Edwin Henry Félix Tejeda Torres: “el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 813 establece que previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo, el Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria; asimismo, en el artículo 8° del mencionado decreto legislativo se señala que ‘el Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda’; en consecuencia, no existe irregularidad en que la SUNAT haya emitido un informe sobre los supuestos delitos cometidos por el recurrente y que el Ministerio Público haya formalizado la investigación en base a este”.

(155) Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra: “De manera indubitable se incluyen las universidades, las que en el marco de los procedimientos administrativos que llevan a cabo, deben respetar las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los particulares, entre ellos especialmente el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139°, inciso 3°”; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero.

(156) Exp. N° 02107-2007-PA/TC, caso: Pontificia Universidad Católica del Perú.

(157) Exp. N° 00195-2011-PA/TC, caso: Jean Carlo Barandiarán Ruiz Conejo; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero.

(158) Exp. N° 03824-2010-PA/TC, caso: Guillermo Arévalo Rengifo.

(159) Exp. N° 04129-2011-PA/TC, caso: Carmen del Pilar Noriega Riveros.

(160) Exp. N° 04123-2011-PA/TC, caso: Mercedes Pisconte de Ramos; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de la Cruz; Exp. N° 03429-2009-PA/TC, caso: Lauro Agapito Tiburcio Alejo; Exp. N° 00148-2012-PA/TC, caso: Juan Huamán Céspedes; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. N° 04200-2011-PA/TC, caso: Alejandro Sota Medrano; Exp. N° 04333-2011-PA/TC, caso: Héctor Santa Cruz Ariza Remigio; Exp. N° 03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 03440-2011-PA/TC, caso: Mauricio Aliaga de Nahui; Exp. N° 04215-2011-PA/TC, caso: Gloria Norma Castillo, vda. de Rueda; Exp. N° 04985-2011-PA/TC, caso: Lucio Tolentino Granados Jiménez; Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: José

de la Inversión en Energía y Minería⁽¹⁶¹⁾, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi)⁽¹⁶²⁾, la Dirección General de Pesquería⁽¹⁶³⁾, etc. En alguna ocasión el TC, al declarar fundada una demanda de amparo, ha sugerido que una disposición con rango de ley al afectar un derecho fundamental (v. gr. el derecho al trabajo) debe estar debidamente fundamentada⁽¹⁶⁴⁾.

2. Incluso, algunos actos en los que se ejerce una potestad discrecional por la más alta investidura política del Estado Peruano y que son realizados por el Presidente de la República como, por ejemplo, el indulto, deben estar justificados racionalmente a través de la motivación.

El indulto es una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad; lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta arbitrariedad⁽¹⁶⁵⁾. El ejercicio de toda potestad discrecional, entre los que se cuenta el indulto, está sujeta al marco constitucional y como tal debe respetar sus límites⁽¹⁶⁶⁾. Desde el punto de vista constitucional,

Eulalio Elías Valencia; Exp. N° 01329-2010-PA/TC, caso: Amador Flores Tarazona; Exp. N° 03006-2012-PA/TC, caso: María Aurelia Ayala Pérez; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de la Rosa; Exp. N° 01291-2011-PA/TC, caso: Olga Huacause de Cárdenas; Exp. N° 05007-2011-PA/TC, caso: Zacarías Sandoval Villanueva; Exp. N° 04385-2012-PA/TC, caso: Teodoro Inga Sernaque.

(161) Exp. N° 01865-2010-PA/TC, caso: Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas.

(162) Exp. N° 3075-2006-PA/TC, caso: Escuela Internacional de Gerencia High School Of Management-Eiger.

(163) Exp. N° 01091-2011-PA/TC, caso: Conservera y Atunera del Mar S.A.C.

(164) Exp. N° 4221-2007-PA/TC, caso: Gladys Hortencia Bernaola Huarhua: "a efectos de separar a una persona de su cargo, era indispensable, de un lado, que se exprese los motivos de la decisión y se le notifique del cargo que se le imputaba, así como que se le concediese un plazo para formular su defensa, lo cual no se aprecia de los actuados. Por ello es que el Decreto Ley N° 25580, al no haber motivado la separación de la actora del cargo que venía desempeñando y tampoco respetar su derecho de defensa, deviene en arbitrario".

(165) Exp. N° 03660-2010-PHC/TC, caso: Jose Enrique Crousillat López Torres.

(166) Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, caso: Alfredo Jalilie Awapara; Exp. N° 03660-2010-PHC/TC, caso: José Enrique Crousillat López Torres.

se exige como regla que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional⁽¹⁶⁷⁾.

El afirmar que existen actos funcionariales emanados de la más alta investidura de la organización estatal que no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder⁽¹⁶⁸⁾. Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares. Por esta razón, también el indulto es sujeto a control constitucional por parte del órgano jurisdiccional⁽¹⁶⁹⁾.

Por mandato constitucional, la motivación se entiende debe ser escrita⁽¹⁷⁰⁾.

(167) Exp. N° 03660-2010-PHC/TC, caso: José Enrique Crousillat Lopez Torres. En otras ocasiones, el TC ha exigido no solo un estándar mínimo de motivación, sino una motivación suficiente; véase: Exp. N° 0012-2010-PI/TC: “En esa medida, no solo no es posible la dación de un indulto o conmutación de forma inmotivada, sino que dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores iusfundamentales. En tal sentido, mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta ‘perdonada’, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón”.

(168) Exp. N° 5854-2005-PA/TC, caso: Pedro Andrés Lizana Puelles.

(169) Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, caso: Alfredo Jalilie Awapara: “En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla”.

(170) Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén.

b) El fundamento constitucional y convencional de la obligación de motivar los actos administrativos

1. Si bien la Constitución Peruana no regula expresamente el deber de motivar los actos administrativos se trata tanto de una garantía inherente al debido proceso y de un principio constitucional implícito⁽¹⁷¹⁾. El TC ha sostenido que: “La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”⁽¹⁷²⁾.

De una lectura superficial y sesgada del texto constitucional se puede concluir que el deber de motivar las resoluciones solo tiene eficacia cuando se trata de una resolución judicial. Sin embargo, como ha sostenido el TC peruano, esta interpretación sería inconstitucional, porque se estaría dejando un margen abierto para la actuación arbitraria de los poderes públicos y privados que materializan sus actos mediante resoluciones. En tal sentido, la eficacia del derecho a la motivación

(171) Cfr. ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa*, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), Lima, Palestra, 2011, pp. 340 y ss.

(172) Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 05856-2009-PC/TC, caso: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A.; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 03006-2012-PA/TC, caso: María Aurelia Ayala Pérez; Exp. N° 2732-2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas.

de las resoluciones, en general, también se extiende a todos aquellos procesos y procedimientos, cualesquiera sea su naturaleza⁽¹⁷³⁾.

Sobre el contenido del texto normativo del artículo 139°.5 de la Constitución y de los artículos de la Ley N° 27444 el TC peruano respecto a la motivación ha precisado lo siguiente: “este Colegiado considera que ellos contienen un mandato: a) vigente, pues no han sido derogados, ni modificados o declarados inconstitucionales; b) cierto y claro, pues de ellos se infiere indubitadamente que la Administración Pública en todos los procedimientos administrativos que conozca tiene la obligación de resolver por escrito en forma debidamente motivada los recursos administrativos; y c) no sujeto a una controversia compleja ni a interpretaciones dispares, pues el texto normativo de los artículos mencionados es totalmente claro. En buena cuenta, el artículo 139°.5 de la Constitución y los artículos de la Ley N° 27444 reseñados resultan ser un mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento: obligación de la Administración Pública de resolver por escrito en forma debidamente motivada los recursos administrativos”⁽¹⁷⁴⁾.

2. La interpretación de la motivación de las decisiones administrativas como derecho del administrativo supone considerar que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, la instancia jurisdiccional (Constitucional y ordinaria) tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración quisiese consumir⁽¹⁷⁵⁾.

(173) Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

(174) Exp. N° 05856-2009-PC/TC, caso: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A.

(175) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 976-2001-AA/TC, caso: Eusebio Llanos Huasco: “Los derechos fundamentales,

En todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que, con la decisión emitida, se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional⁽¹⁷⁶⁾.

Asimismo, no puede alegarse la inexistencia de motivación sin que se desvirtúen específicamente los argumentos que los recurrentes alegan. Responder judicialmente de esta manera significa confeccionar en la sentencia un simple eufemismo procesal. Quien demanda debe traer la pretensión, el problema jurídico o acreditar la irregularidad; y quien sentencia, descartarla o acreditarla, pero siempre asumiendo la presunción de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales⁽¹⁷⁷⁾.

en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar”.

(176) Exp. N° 02107-2007-PA/TC, caso: Pontificia Universidad Católica del Perú; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N° 8333-2006-PA/TC, caso: Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca; Exp. N° 01579-2008-PA/TC, caso: Yuri Antonio Almendáriz Gallegos; Exp. N° 4006-2004-AA/TC, caso: Nimer Roberto Marroquín Mogrovejo; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán; Exp. N° 9851-2006-PA/TC, caso: Samuel Walter Romero Aparco; Exp. N° 02990-2009-PA/TC, caso: Pablo Quispe Arango; Exp. N° 03597-2011-PA/TC, caso: Roger Alcides Salazar López; Exp. N° 5201-2006-PA/TC, caso: Ricardo Luis Núñez Espinoza; Exp. N° 2984-2004-AA/TC, caso: Olga Lourdes Palacios Tejada; Exp. N° 3381-2005-PA/TC, caso: Magda Victoria Atto Mendives.

(177) Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N° 0879-2003-HC/TC, caso: Víctor Raúl Martínez Candela.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 139°.5 de la Constitución es, al propio tiempo, un derecho de quienes comparecen en el proceso judicial, como también una garantía y principio de la función jurisdiccional. En cuanto derecho subjetivo obliga a los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, a fundamentar sus decisiones con base en el derecho vigente y a los hechos expuestos por las partes, dando respuesta afirmativa o negativa a las cuestiones planteadas. En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control público de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces⁽¹⁷⁸⁾. En este sentido, mediante la motivación de sus resoluciones los jueces ponen de manifiesto ante la opinión pública, y no solo a las partes del proceso, la imparcialidad e independencia en su actuación jurisdiccional, puesto que, como ha señalado el TC: “(...) son las razones de sus decisiones, su conducta en cada caso y su capacidad profesional expuesta en sus argumentos, lo que permite a todo juez dar cuenta pública de su real independencia”⁽¹⁷⁹⁾. La motivación resulta también una exigencia insuperable para que el tribunal de alzada en su oportunidad pueda conocer el basamento de la decisión a revisar y poder así confirmarla o revocarla según el caso⁽¹⁸⁰⁾.

3. La Corte IDH ha reconocido la importancia y trascendencia convencional del deber de motivar las resoluciones, tanto judiciales como administrativas. La Corte entiende que la motivación es “la exteriorización de la justificación razonada”⁽¹⁸¹⁾ o “la motivación es la

(178) Exp. N° 00654-2007-AA/TC, caso: Ministerio de la Producción.

(179) Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén.

(180) Exp. N° 00654-2007-AA/TC, caso: Ministerio de la Producción.

(181) Corte IDH, caso: Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 107, y caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 77. caso: Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 193. párr. 152.

justificación razonada que permite llegar a una conclusión⁽¹⁸²⁾”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁽¹⁸³⁾. Por ello, ha estimado que “las decisiones que adopten los órganos internos”, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁽¹⁸⁴⁾. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías incluidas en el artículo 8°.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”⁽¹⁸⁵⁾.

La Corte ha precisado que el deber de motivar “no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”⁽¹⁸⁶⁾.

(182) Véase, la sentencia del caso: Suárez Peralta vs. Ecuador del 21 de marzo de 2013.

(183) Cfr. caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), supra nota 134, párr. 77. Corte IDH caso: Tristán Donoso vs. Panamá. sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 193. párr. 152.

(184) Cfr. Corte IDH. caso: Yatama, supra nota 10, párr. 152; caso: Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 134, párr. 107, y caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), supra nota 134, párr. 78; caso: Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 193. párr. 153.

(185) Corte IDH, caso: Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N° 193. párr. 153. Cfr. caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), supra nota 134, párr. 78.

(186) Corte IDH, caso: Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N° 193.

4. La Corte IDH ha reconocido expresamente la obligación de motivar las resoluciones en el campo administrativo en diversas sentencias.

Por ejemplo, en la sentencia **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile** de 19 de setiembre de 2006: “en el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8°.1 de la Convención” (FJ 122). En este caso, los hechos están referidos a la negativa del Estado chileno de brindar al señor Claude Reyes y otros información del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación y que podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible. Tal negativa a brindar información se dio sin que el Estado diera una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena.

Asimismo, la Corte IDH en la sentencia del **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela** de fecha 5 de agosto del 2008, reiteró la obligación de motivar los actos administrativos más aún si puede haber decisiones que imponen duras sanciones a funcionarios públicos (v. gr. magistrados). La Corte expresó: “el derecho internacional ha formulado pautas sobre las razones válidas para proceder a la suspensión o remoción de un juez, las cuales pueden ser, entre otras, mala conducta o incompetencia⁽¹⁸⁷⁾. Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a

párr. 154. Cfr. caso: Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), *supra* nota 134, párr. 90.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, *supra* nota 58, párr. 20. Ver también Principio 18 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior⁽¹⁸⁸⁾. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario”.

En dicha sentencia, la Corte sentó la doctrina que en un proceso disciplinario a magistrados en el que se evalúa el error judicial inexcusable como ilícito disciplinario, se exige cuanto menos: i) una motivación relacionada con la idoneidad de las presuntas víctimas para el ejercicio del cargo; ii) tanto la acusación como la decisión del órgano disciplinario tenían que dar razones sobre la gravedad de la falta supuestamente cometida por los miembros de la Corte Primera y sobre la proporcionalidad de la sanción propuesta y finalmente adoptada; iii) la Corte estima que el órgano disciplinario debía responder autónomamente, y no por remisión a la decisión del órgano inferior, al menos los principales alegatos de los magistrados Apitz, Rocha y Ruggeri⁽¹⁸⁹⁾ (Fundamentos 88 a 90).

La Corte IDH, en este caso, consideró que la motivación debía operar como una garantía que permitiera distinguir entre una “*diferencia razonable de interpretaciones jurídicas*” y un “*error judicial inexcusable*” que compromete la idoneidad del juez para ejercer su función, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por instancias de revisión.

(188) Ver al respecto el Principio A, párr. 4 (n) 2 de los Principios y Directrices Relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África adoptados como parte del Informe de Actividades de la Comisión Africana en la Segunda Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana, celebrada en Maputo, Mozambique, del 4 al 12 de julio de 2003.

(189) Los alegatos esenciales de defensa planteada por los magistrados eran los que siguen: “1) la alegada falta de efectos constitutivos de la medida cautelar revisada en el marco del proceso de avocamiento, y 2) que la decisión de la Corte Primera supuestamente desarrollaba una interpretación jurídica plausible sobre los alcances del amparo cautelar”.

En sentido semejante, la Corte IDH en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón vs. Venezuela** de fecha 1 de julio de 2011 señaló respecto a la remoción de jueces provisionales lo siguiente: “la Corte observa que el nombramiento temporal de la señora Chocrón Chocrón no estaba limitado por un plazo o una condición resolutoria específica. Por ello, teniendo en cuenta que el Tribunal ha reiterado que los jueces provisorios y temporales deben contar con cierto tipo de estabilidad en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción, la presunta víctima podía contar con la expectativa legítima de permanecer en su cargo hasta la realización de los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución. Esto implica que la remoción de la señora Chocrón Chocrón solo podía proceder en el marco de un proceso disciplinario o a través de un acto administrativo debidamente motivado. En consecuencia, el acto que dejó sin efecto el nombramiento de la señora Chocrón Chocrón tenía que estar motivado” (FJ 117).

En esta sentencia se remarcó que: “Teniendo en cuenta estos alcances del deber de motivar, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, así como las garantías de independencia judicial que deben operar para sancionar o remover a un juez, el Tribunal considera que la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en ‘observaciones’ debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones y a que la motivación respectiva no sea de naturaleza disciplinaria o sancionatoria”. El Tribunal considera que la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación (FJ 120). La Corte concluyó que: “si el acto de remoción de la señora Chocrón Chocrón se hubiese motivado, la presunta víctima podría haber preparado en mejor forma los recursos interpuestos para su defensa, sin el margen de error que las conjeturas producen”.

Una doctrina semejante se sostiene en la sentencia de la Corte IDH del caso **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** de fecha 30 de junio de 2009.

La Corte IDH en la sentencia del caso **López Mendoza vs. Venezuela** del 1 de setiembre del 2011 ha establecido que en caso de imposición de inhabilitaciones en el campo administrativo el órgano correspondiente (v. gr. contraloría) debe responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad. En el caso concreto, la Corte IDH no encontró una relación entre la gravedad de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa. Asimismo, razonó: “El Tribunal considera que dados los alcances de la restricción al sufragio pasivo implicados en una inhabilitación para ser candidato, el Contralor tenía un deber de motivación explícita de la decisión, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. El Contralor tenía que desarrollar razones y fundamentos específicos sobre la gravedad y entidad de la falta supuestamente cometida por el señor López Mendoza y sobre la proporcionalidad de la sanción adoptada. Además, la Corte considera que una motivación adecuada para la imposición de la inhabilitación permite verificar que el Contralor ha realizado una evaluación concreta y autónoma, sin remisión a lo determinado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, respecto a los alegatos y evidencia que dieron origen a la declaración de responsabilidad. Sin una motivación adecuada y autónoma, la sanción de inhabilitación para postularse a un cargo de elección popular opera en forma casi automática, a través de un incidente procesal que termina siendo de mero trámite”.

En otra sentencia, la Corte IDH en el caso **Barbani Duarte vs. Uruguay** del 13 de octubre de 2011 que analizaba la problemática de la (alegada) responsabilidad internacional del Estado por la falta en proporcionar a un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo una audiencia imparcial para sus reclamos ante una Comisión Asesora, sostuvo: “la Corte resalta que, a través del procedimiento especial ante el Banco Central, se debían determinar los derechos individuales de una cantidad considerable de personas (...) Este procedimiento fue creado especialmente para determinar esos derechos, después de lo cual dejaría de existir. Por tanto, era obligación del Estado asegurar que todos obtuvieran un pronunciamiento debidamente motivado”.

c) Motivación y discrecionalidad

1. La Corte IDH, en la sentencia del caso **López Mendoza vs. Venezuela**, del 1 de setiembre de 2011, ha establecido que “los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca”.

La motivación está constituida por las razones en que la autoridad administrativa se funda para justificar el acto administrativo emitido por ella misma, evitando de esta manera los abusos o arbitrariedades que esta pudiera cometer⁽¹⁹⁰⁾. Para el TC, la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación⁽¹⁹¹⁾. La motivación permite, pues, a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes⁽¹⁹²⁾.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo

⁽¹⁹⁰⁾ Exp. N° 05334-2011-PA/TC, caso: Yolanda Gallegos Canales; Exp. N° 02990-2009-PA/TC, caso: Pablo Quispe Arango.

⁽¹⁹¹⁾ Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. 4289-2004-AA/TC; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

⁽¹⁹²⁾ Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 04962-2008-PA/TC, caso: Ylyan Roberto Barragán Correa; Exp. N° 05856-2009-PC/TC, caso: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A.; Exp. 4289-2004-AA/TC, Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi.

demás, pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Por otro lado, la motivación puede generarse previamente a la decisión –mediante los informes o dictámenes correspondientes– o concurrentemente con la resolución, esto es, puede elaborarse simultáneamente con la decisión. En cualquier caso, siempre deberá quedar consignada en la resolución. La Administración puede cumplir la exigencia de la motivación a través de la incorporación expresa, de modo escueto o extenso, de sus propias razones en los considerandos de la resolución, como también a través de la aceptación íntegra y exclusiva de lo establecido en los dictámenes o informes previos emitidos por sus instancias consultivas, en cuyo caso los hará suyos con mención expresa en el texto de la resolución, identificándolos adecuadamente por número, fecha y órgano emisor⁽¹⁹³⁾.

2. La motivación de las resoluciones judiciales y administrativas significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva⁽¹⁹⁴⁾.

(193) Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. 4289-2004-AA/TC; Exp. N° 2732-2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas.

(194) Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

El TC peruano ha declarado lo que sigue: “la motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ Exp. N° 04123-2011-PA/TC, caso: Mercedes Pisconte de Ramos; Exp. N° 04385-2012-PA/TC, caso: Teodoro Inga Sernaque; Exp. N° 05007-2011-PA/TC, caso: Zacarías Sandoval Villanueva; Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de la Cruz; Exp. N° 03429-2009-PA/TC, caso: Lauro Agapito Tiburcio Alejo; Exp. N° 01754-2011-PA/TC, caso: Marcos López Encinas; Exp. N° 01291-2011-PA/TC, caso: Olga Huacause De Cárdenas; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC; Exp. N° 00148-2012-PA/TC, caso: Juan Huamán Céspedes; Exp. N° 03471-2012-PA/TC, caso: Claudio Benites Calderón; Exp. N° 03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 03440-2011-PA/TC, caso: Mauricia Aliaga de Nahui; Exp. N° 04215-2011-PA/TC, caso: Gloria Norma Castillo, vda. de Rueda; Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: Jose Eulalio Elías Valencia; Exp. N° 01329-2010-PA/TC, caso: Amador Flores Tarazona; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de la Rosa; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero.

3. El que haya una potestad discrecional ello no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los administrados. Las decisiones de los órganos administrativos deben estar sometidas a criterios jurídicos que reflejen los valores, principios y derechos que la Constitución reconoce. Una discrecionalidad demasiado fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad⁽¹⁹⁶⁾. Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida deviene en arbitrario, tanto cuando este expresa el capricho individual de quien ejerce la competencia administrativa, como cuando el órgano administrativo al adoptar la decisión no motiva o expresa las razones que llevan a adoptar una decisión⁽¹⁹⁷⁾. Por ejemplo, infringe el principio de razonabilidad y el principio de capacidad y mérito el pasar al retiro a un oficial de la Policía que había ocupado el primer puesto de su promoción, además, había obtenido reconocimientos por su labor profesional, expedidos tanto por organizaciones ajenas a la que formaba parte, como por la misma entidad demandada; sino que adicionalmente contaba con una foja de servicios impecable y había obtenido sus ascensos en forma óptima⁽¹⁹⁸⁾.

(196) Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén.

(197) Exp. N° 250-2000-AA/TC, caso: Pablo Emilio Ávila Aguayo; Exp. N° 319-2000-AA/TC, caso: Luis A. Ramírez Rupay; Exp. N° 240-2000-AA/TC, caso: Dennis Alberto Pinto Gutiérrez: “en el caso de autos, y según es posible de observarse de la Resolución Suprema N° 0816-98-IN/PNP, además de no existir motivación de la decisión tomada, es posible constatar, conforme se desprende del documento obrante de fojas trece, que cuando el demandante fue pasado a la situación de retiro recién había cumplido el plazo de cuatro años para poder postular al ascenso al grado de Comandante de la Policía Nacional del Perú, y que los ascensos a los grados anteriores los obtuvo razonablemente dentro del plazo establecido en la ley; por lo que cabe concluir que al truncarse su carrera como oficial de la Policía Nacional del Perú de manera abrupta se ha cometido arbitrariedad en el ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas por ley a la administración de la entidad demandada”.

(198) Exp. N° 213-2000-AA/TC, caso: Branko Vinko Banic Jara; Exp. N° 1043-99-AA/TC, caso: Ángel Eduardo Roncal Salazar: “es posible constatar, conforme se desprende de los documentos de fojas dieciséis a cincuenta y tres de autos, que el demandante cuando fue pasado a la situación de retiro, contaba con una brillante foja de servicios, habiendo sido ascendido al grado de comandante

Por ello, mientras mayor sea la discrecionalidad de la Administración mayor debe ser la exigencia de motivación de tal acto, ya que la motivación expuesta permitirá distinguir entre un acto de tipo arbitrario frente a uno discrecional⁽¹⁹⁹⁾. En efecto a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Por ejemplo, la remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente⁽²⁰⁰⁾.

4. La ley administrativa peruana expresamente prescribe: “*No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su*

por acción distinguida, ascensos que obtuvo razonablemente dentro del plazo establecido en la ley; por lo que cabe concluir que al truncarse su carrera como oficial de la Policía Nacional del Perú de manera abrupta, lesionando su derecho al trabajo, se ha cometido arbitrariedad en el ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas por ley a la administración de la entidad demandada”.

(199) Exp. N° 04168-2006-PA/TC, caso: Fernando Samuel Enrique Vásquez Wong respecto al requerimiento de la administración tributaria en un procedimiento de fiscalización de que la persona: “manifieste, con carácter de declaración jurada, si en los ejercicios 2000, 2001 y 2002 efectuó viajes al exterior, indicando el país o países de destino, si ha viajado solo o acompañado (de ser este último el caso deberá identificar la identidad y relación que guarda con la persona que lo acompañó), informando las fechas de salida y de retorno, tiempo de estadía en el exterior y el monto de dinero gastado en cada viaje”; el TC precisó: “al requerimiento hecho al actor de que identifique a la persona con la que viajó resulta, *prima facie*, desproporcionado, en la medida en que no aporta datos relevantes para determinar el desbalance patrimonial del actor, salvo que dicha persona sea dependiente económicamente de este. En efecto, si bien la Administración goza de las atribuciones fiscalizadoras anotadas, ello no implica que no tenga que motivar adecuadamente sus requerimientos, más aún cuando la información requerida no determina por sí misma una finalidad de relevancia tributaria evidente. Se pone de manifiesto entonces que la Administración no ha cumplido con sustentar adecuadamente tal requerimiento, por lo que, al no contarse con la fundamentación pertinente, tal solicitud deviene en arbitraria, afectándose con ello, sí, el derecho a la intimidad. Sin embargo esto no exime al actor de los otros requerimientos”.

(200) Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto (art. 6.3). La referencia a los “altos fines de la nación”, el “interés público”, la “necesidad social”, la “protección del medio ambiente”, no puede constituir por sí misma motivación, debido a que carecen de contenido y concreción para justificar su aplicación al caso concreto⁽²⁰¹⁾. Se trata de fórmulas genéricas, cláusulas de estilo y de frases comodines que tras el empleo de un tecnicismo esconden una total falta de apoyo argumentativo.

d) Motivación suficiente del acto administrativo

1. La motivación constitucionalmente protegida no es cualquier justificación escrita, sino la justificación que atiende a los problemas y a los hechos del caso que no es otra que la motivación suficiente⁽²⁰²⁾.

El TC peruano ha sostenido y remarcado que la obligación de motivar los actos administrativos debe efectuarse de manera suficiente y adecuada⁽²⁰³⁾. La única motivación que encuentra cobertura constitucional es la motivación suficiente⁽²⁰⁴⁾. Es posible entonces afirmar que el deber de motivación de los actos administrativos alcanza

(201) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Lima, Gaceta Jurídica, 9ª ed., 2011, p. 160.

(202) En la doctrina peruana, ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), Lima, Palestra, 2011, p. 358; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 159.

(203) Exp. N° 00294-2005-PA/TC, caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.; Exp. N° 0201-2004-AA/TC, caso: María Elena Lluen Gonzales; Exp. N° 2618-2009-PA/TC, caso: Jesús Renee Cari Choquehuanca; Exp. N° 04123-2011-PA/TC, caso: Mercedes Pisconte de Ramos; Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 8605-2005-AA/TC, caso: Engelhard Perú Sac (en liquidación); Exp. N° 02061-2011-PA/TC, caso: Iván Alberto Torres Portocarrero; Exp. N° 03597-2011-PA/TC, caso: Roger Alcides Salazar López.

(204) Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi.

también a la *suficiencia* de dicha argumentación, lo que es tanto como decir que la Administración Pública incumple aquel deber cuando no ofrece una *motivación suficiente* al administrado⁽²⁰⁵⁾. El TC peruano postuló en un caso concreto que a pesar de que la entidad demandada haya cumplido con motivar y sustentar las razones por las cuales decidió un acto administrativo (v. gr. no nombrar al actor en el cargo al que postuló), no se advierte que esta haya sido ejercida de una forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución, sino de manera arbitraria⁽²⁰⁶⁾.

La motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de la decisión)⁽²⁰⁷⁾.

2. El TC ha establecido que: “la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento⁽²⁰⁸⁾”. Asimismo, ha precisado que: “el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los entes que ejercen el poder público en torno a la

(205) Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino.

(206) Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia: “A juicio del Tribunal Constitucional, resulta fuera de toda duda que se violó el derecho a una decisión debidamente motivada por cuanto la motivación es sólo aparente. Y es que si bien es cierto, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura dan cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, así como expresan al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sin embargo, solo intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico”.

(207) Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N° 0879-2003-HC/TC, caso: Víctor Raúl Martínez Candela; Exp. N° 4377-2005-HC/TC, caso: Adolfo Andrés Lira García.

(208) Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén; Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 2732-2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas.

defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales”(209).

El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican(210).

Cabe acotar que la Constitución no establece una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión(211).

3. La motivación de ciertos actos administrativos en la medida que hay intereses constitucionales en juego requieren una particular

(209) Exp. N° 2939-2004-AA/TC, caso: Municipalidad Provincial de Coronel Portillo; Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra; Exp. N° 00294-2005-PA/TC, caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.

(210) Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de la Cruz; Exp. N° 03429-2009-PA/TC; Exp. N° 00294-2005-PA/TC, caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.; Exp. N° 03471-2012-PA/TC, caso: Claudio Benites Calderón; Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: Jose Eulalio Elías Valencia; Exp. N° 00148-2012-PA/TC, caso: Juan Huamán Céspedes; caso: Lauro Agapito Tiburcio Alejo; Exp. N° 01754-2011-PA/TC, caso: Marcos López Encinas; Exp. N° 04200-2011-PA/TC, caso: Alejandro Sota Medrano; Exp. N° 04333-2011-PA/TC, caso: Héctor Santa Cruz Ariza Remigio; Exp. N° 03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 03440-2011-PA/TC, caso: Mauricia Aliaga de Nahui; Exp. N° 04215-2011-PA/TC, caso: Gloria Norma Castillo vda. de Rueda; Exp. N° 04985-2011-PA/TC, caso: Lucio Tolentino Granados Jiménez; Exp. N° 03006-2012-PA/TC, caso: María Aurelia Ayala Pérez; Exp. N° 04909-2011-PA/TC, caso: Joaquín Silva Agurto; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de la Rosa; Exp. N° 01291-2011-PA/TC, caso: Olga Huacause de Cárdenas; Exp. N° 05007-2011-PA/TC, caso: Zacarías Sandoval Villanueva; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero.

(211) Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra.

forma de motivar. Así, por ejemplo, en el caso de ratificaciones de magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público el TC peruano ha impuesto una serie de requisitos para las decisiones colegiadas del Consejo Nacional de la Magistratura. Por ejemplo, se ha dispuesto que: i) antes de emitirse el voto de cada consejero, debe existir discusión para cada caso concreto; ii) cuando realicen sus votos, los consejeros deben enumerar todos los datos que a su entender sustentan su posición, pero no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto⁽²¹²⁾; iii) esta fundamentación es exigible al órgano constitucional que está decidiendo la ratificación de un magistrado⁽²¹³⁾.

4. Uno de los aspectos más importantes, medulares pero también críticos de la motivación de los actos administrativos es determinar si efectivamente es necesario la exigencia de motivación suficiente o basta con cualquier clase de motivación para dar por cumplido dicho deber.

Se descarta como problema que la motivación (suficiente o no) sea un requisito de validez del acto administrativo desde el momento en que la propia ley (art. 3°) establece expresamente dicha condición para la plena validez del acto administrativo (inc. 4), junto con los requisitos de competencia, objeto, finalidad pública y procedimiento regular, amén de que forma parte del debido procedimiento administrativo (art. IV del Título Preliminar) el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (1.2)⁽²¹⁴⁾. A ello se agrega las propias

(212) Este requisito no deja de ser particular y de configuración sumamente criticable, pues, por un lado, se fija que los consejeros deben enumerar los datos que sustentan su posición y, por el otro, se sostiene que los consejeros: “no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto”; lo que supone un verdadero y grave contrasentido toda vez que el núcleo de la motivación racional es justificar y verbalizar el razonamiento utilizado, circunstancia que lamentablemente la sentencia del TC (elevada a la condición de precedente vinculante) lo considera prescindible.

(213) Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén.

(214) Al respecto, ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedi-*

disposiciones legales que establecen la validez del acto administrativo siempre que sea dictado conforme al ordenamiento jurídico (art. 8) y que se reconozca como causal de nulidad de pleno derecho el que el acto administrativo viole la Constitución y la ley (ambas normas imponen el deber de motivar) o que concurra algún defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (art. 10°.2)⁽²¹⁵⁾.

Pese a todo, algún sector de la doctrina puede llegar a plantear la no obligación de la suficiencia de la motivación del acto administrativo a partir de que en el art. 14° de la Ley de Procedimiento Administrativo se dispone dentro de la conservación de los actos administrativos y como un vicio no trascendente el hecho de que el acto sea emitido con una motivación insuficiente o parcial⁽²¹⁶⁾ (art. 14°.2.2), de tal manera que solo se trataría de una irregularidad no invalidante en la que los entes administrativos están legalmente obligados e investidos de la facultad para subsanar dichos actos, anticipándose a una eventual impugnación de dichos actos⁽²¹⁷⁾. En ese sentido, también se considera un vicio no trascendente el hecho de que el acto posea un contenido impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación (art. 14°.2.1).

miento Administrativo General: Diez años después (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 356; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., pp. 66 y ss.; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 37.

(215) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 157; Ampliamente sobre la noción de invalidez, nulidad e inexistencia en el acto administrativo en el derecho peruano: BACA ONETO, Víctor, "La invalidez de los actos administrativos y los medios para declararla en la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., pp. 111, 117, 121, 126 y ss.

(216) Véase, en este sentido, MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 177.

(217) Al respecto, BACA ONETO, Víctor, "La invalidez de los actos administrativos y los medios para declararla en la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General", en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., pp. 131 y 132.

Si bien no se discute aquí el principio de conservación de los actos administrativos y su conexión con el principio de economía procesal, cosa decidida y seguridad jurídica, queda claro que dicho principio debe interpretarse en clave constitucional y legal en el sentido de que como hace el Tribunal Constitucional peruano y la doctrina mayoritaria a través de una interpretación teleológica conforme a la Constitución se reclama que la motivación del acto administrativo sea suficiente y adecuada⁽²¹⁸⁾, respondiendo a la pretensión, problemática planteada y a los puntos controvertidos, sino también al principio lógico de razón suficiente. Sería un lamentable contrasentido que la suficiencia de la motivación se requiera a nivel de la justificación de las resoluciones judiciales y que dicho deber no se cumpla a la hora de fundamentar las decisiones administrativas como si las garantías del debido proceso, las exigencias materiales de validez de las premisas (internas y externas) propia de la fundamentación racional no se extendieran a sede administrativa.

Incluso, una simple interpretación literal de la motivación como condición de validez del acto administrativo contenida en el art. 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo referida a que *“El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”* hace ver que el empleo del adverbio *debidamente* puede entenderse sin ninguna clase de dificultad e interpretación forzada como sinónimo de acto administrativo *“suficiente*

(218) Incluso los autores que en el Perú plantean la identificación de la motivación como un elemento formal del acto administrativo consideran que la afectación a la motivación suficiente no sería un vicio no trascendente; véase, por ejemplo, BACA ONETO, Víctor, “La invalidez de los actos administrativos y los medios para declararla en la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 132: “Por otro lado, no es posible terminar este apartado sin indicar que no todos los vicios incluidos en la enumeración del art. 14° de la LPGA son realmente no trascendentes, como ocurre en el caso de la motivación insuficiente y parcial. Si la falta de motivación es un vicio, que afecta al elemento formal del acto administrativo, la motivación insuficiente o parcial en muchos casos debería a menos asimilarse a este vicio, pues podría ser equivalente a una falta total de motivación”.

y *adecuadamente*” motivado. Si la ley exigiera motivación, sin más, podría prescindir sin problema alguno de cualquier ulterior referencia o complemento lingüístico, prescindiendo del adverbio aludido; por ello, que no basta que el acto administrativo sea escrito, se apoye en criterios fácticos y jurídicos, o de manera sencilla que sea motivado. Es indispensable que haya una motivación suficiente.

e) Los requisitos de la motivación del acto administrativo

1. Una resolución en la que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna de por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva⁽²¹⁹⁾.

La motivación de las decisiones administrativas debe encontrarse sustentada en los hechos y pruebas del proceso⁽²²⁰⁾. La aplicación del derecho y la tarea de justificación debe seguir a la delimitación de los hechos y los medios de prueba en el procedimiento correspondiente. Representa una motivación aparente el utilizar frases sin ningún sustento fáctico⁽²²¹⁾ o mencionar como probados supuestos de hecho

(219) Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

(220) En la doctrina nacional, GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, Lima, Pacífico Editores, 2013, p. 543: “la motivación deberá basarse en la actuación probatoria realizada previamente en la instrucción del procedimiento”. En las STC, véanse los Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 01646-2011-PA/TC, caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

(221) Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi: “si bien es cierto la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, así como expresan al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sin embargo solo intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico. En efecto si bien la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura motivan y expresan las razones que los condujeron a tomar una determinada decisión, esto es, la de no nombrar al actor debido

inexistentes⁽²²²⁾. La administración o el juez no puede fallar en contra del ciudadano en ausencia de pruebas objetivas, aún más si estas no existen, no han sido acompañadas al proceso o tampoco puede presumirse su existencia⁽²²³⁾.

2. La motivación de los fundamentos de derecho (ley o reglamento aplicable) al caso concreto debe guardar relevancia y relación directa con los hechos materia de controversia⁽²²⁴⁾; v. gr. los hechos analizados que determinan la sanción administrativa deben referirse al tiempo que el funcionario público desempeñaba una actividad pública concreta⁽²²⁵⁾. No basta hacer referencia genérica a determinados dispo-

a los cuestionamientos de parte de determinados medios de comunicación, sin embargo se advierte que el acuerdo cuestionado, si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor”; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

(222) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 158; GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 543.

(223) Exp. N° 2472-2002-AA, caso: Gilma Herlinda Pérez Camacho, viuda de Andrade (voto singular del magistrado Gonzales Ojeda).

(224) Exp. N° 01646-2011-PA/TC, caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano

(225) Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano: “en cuanto a los fundamentos jurídicos que sustentan la cuestionada resolución de destitución, se advierte que, si bien es cierto esta hace alusión a dispositivos tanto de la Constitución, de la Ley N° 26397, cuanto del Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura, todos los cuales guardan relación con la competencia del referido Colegiado en materia de destitución de magistrados, y las consecuencias de tal decisión, también es verdad que dichas disposiciones se encuentran directamente vinculadas con el análisis de conductas que suponen infracciones efectuadas en el ejercicio de la magistratura, que en el caso en particular, conforme ha quedado expuesto en los fundamentos precedentes, no ha sucedido, puesto que la conducta sancionada por el emplazado se refiere a la que realizó cuando ejercía el cargo de Miembro del Jurado Nacional de Elecciones –es decir, cuando aún no ejercía el cargo de Vocal Supremo–, razón por la que la fundamentación jurídica en la que se sostiene

sitivos legales, sin indicación precisa y clara de la norma aplicable⁽²²⁶⁾. Por ejemplo, en el campo del derecho sancionador, se debe precisar específicamente cuál ha sido la norma que tipifica la conducta del recurrente y que ha motivado la sanción⁽²²⁷⁾. No se debe utilizar las citas legales abiertas, que solo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad⁽²²⁸⁾. Si el administrado, o su defensa, no cita las normas legales pertinentes, o lo hace de forma equivocada, el órgano administrativo debe suplir dicha deficiencia⁽²²⁹⁾.

el emplazado para destituir al recurrente resulta incongruente con el *obiter dictum* expuesto en la resolución de destitución cuestionada”.

- (226) Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto: “tampoco expresa los dispositivos legales específicos que se habrían infringido, dado que solo se refiere, de manera general, al Reglamento de la Escuela de Enfermería del Ejército, sin indicar cuál o cuáles son las normas aplicables, esto es, en qué disposición se ampara, como tampoco ha incorporado el texto de los dictámenes o informes emitidos por los órganos consultivos correspondientes”; Exp. N° 01646-2011-PA/TC, caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy: “En el caso concreto, y de la cuestionada Resolución Ministerial N° 1191-2009-IN/PNP, de fecha 30 de diciembre de 2009 (f. 3), se advierte que solo se hace una mención genérica a la Ley N° 28857 y al Decreto Supremo N° 012-2006-IN, sin motivar suficientemente las razones que sustenten el pase al retiro del recurrente, pues en ella solo se citan normas legales y se hace referencia al Acta del Consejo de Calificación N° 23-2009-CC-PNP, de fecha 22 de diciembre de 2009 (f. 4)”; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero: “tampoco expresa los dispositivos legales específicos que se habrían infringido –dado que solo se refiere, de manera general, ‘a las Normas E-05 sobre alumnos-Medidas Disciplinarias’, sin indicar cuál, o cuáles son las normas aplicables, esto es, en qué disposición se ampara–”; Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses: “la sola mención genérica a disposiciones que no contienen una delimitación clara y precisa de la conducta denunciada como infracción, involucra la afectación de otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo y el derecho a un debido proceso administrativo”.

- (227) Exp. N° 06343-2007-PA/TC, caso: José Luis Chávez Luna.

- (228) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero.

- (229) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., pp. 147 y 160.

De igual forma, el solo citar la norma legal para fundamentar un acto administrativo (v. gr. el paso al retiro) no resulta razonable, ya que es necesario fundamentar la decisión justificando por qué no se adopta el mismo criterio respecto a otros funcionarios (v. gr. generales) que se encontraban en la misma situación (v. gr. que también tenían el mismo tiempo o más en el cargo)⁽²³⁰⁾. Asimismo, supone la afectación al deber de motivar las decisiones administrativas si es que la entidad estatal demandada no se pronuncia de modo expreso respecto a las razones por las cuales no resultaba aplicable, al caso del recurrente, el principio de analogía vinculante establecido en una ley⁽²³¹⁾.

Se destaca que en el campo administrativo no puede ni debe aplicarse la analogía *in malam partem*, ya sea para establecer la tipificación de faltas o para imponer sanciones⁽²³²⁾.

⁽²³⁰⁾ Exp. N° 04029-2011-PA/TC, caso: Willian Tafur Reátegui: “En tal sentido este Tribunal sostiene que existe vulneración cuando hay un trato diferenciado que se impone sin motivación suficiente a través de las resoluciones que dispongan el pase a retiro, razón por lo que el *test* no es superado, por lo que se concluye que la Resolución Suprema N° 103-2009-IN afecta el derecho a la igualdad del recurrente”; Exp. N° 01458-2007-PA/TC, caso: Sergio Antonio Sánchez Romero: “corresponde amparar la demanda en los términos solicitados, pues los actos administrativos de la demandada, para casos similares, imponen que, para el presente caso, sea aplicable el principio de igual razón, igual derecho”, al evidenciarse que el reclamo del recurrente es idéntico al solicitado por los recurrentes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siendo el Perú un país integrante del tratado ante la CIDH, se debe amparar la solicitud del recurrente en consideración al precepto y axioma que manda: *a igual razón igual derecho*”.

⁽²³¹⁾ Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino.

⁽²³²⁾ Exp. N° 06343-2007-PA/TC, caso: José Luis Chávez Luna: “la norma que prevé el supuesto infractor sería, en concepto de la demandada, una del Código Penal. Afirma, en tal sentido, que el recurrente ‘cometió una falta en contra de la Institución, que si bien es cierto, *taxativamente no se encuentra contemplado (sic) en nuestro Reglamento General vigente, sí lo está en normas específicas como es el Código Penal*, que en su Art. 449° sanciona la conducta de todo aquel que en lugar público perturbe la tranquilidad de las personas o ponga en peligro la seguridad propia o ajena, en estado de ebriedad o drogadicción. Dicho precepto fue aplicado de manera supletoria; por lo tanto, el demandante (...) no

3. Las conclusiones que se obtienen a partir de las propias premisas por parte de la administración o la judicatura deben encontrarse relacionadas y estrechamente vinculadas. Lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica⁽²³³⁾; de tal modo que si ello no es así existen suficientes elementos que invalidan la decisión por ser arbitraria y carente de un mínimo de corrección racional⁽²³⁴⁾.

La *motivación externa* o justificación externa supone que el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los denominados *casos difíciles*, es decir, aquellos donde suele presentarse problemas respecto de la identificación de la premisa normativa, los que pueden consistir en *problemas de interpretación* (no se puede saber cuál es el sentido o significado de una determinada disposición), o *problemas de relevancia* (no se puede saber qué disposición o disposiciones resultan aplicables en el caso), o presentarse problemas respecto de la premisa fáctica (hechos), los que pueden consistir en *problemas de prueba* (no se puede determinar los hechos ocurridos debido, por ejemplo, a las versiones contrapuestas de las partes respecto de tales hechos), o *problemas de calificación* (no

puede pretender desconocer los alcances de dicha norma' (negritas del mismo escrito de contestación, énfasis en cursiva añadido, Cfr. fojas 112 del cuaderno principal). Conforme a esto, la norma que habilita la sanción del recurrente habría sido una norma penal 'aplicada de manera supletoria'. Ahora bien, en el caso, la aplicación supletoria constituye un típico caso de aplicación analógica de una norma que resulta contrario al principio de legalidad. Este principio exige la previsión expresa y específica del hecho infractor, lo cual excluye toda aplicación supletoria".

(233) Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N° 0879-2003-HC/TC, caso: Víctor Raúl Martínez Candela; Exp. N° 4377-2005-HC/TC, caso: Adolfo Andrés Lira García; Exp. N° 07030-2005-PHC/TC, caso: Raúl Marden Contreras Ramírez.

(234) Exp. N° 00654-2007-AA/TC, caso: Ministerio de la Producción.

se puede saber si un determinado hecho coincide o no con el lenguaje jurídico establecido en una disposición ya determinada)⁽²³⁵⁾.

El TC ha precisado que la motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o la administración en sus decisiones. Si una autoridad, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación externa de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá ser enjuiciada por el juez de amparo por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. Hay que precisar, en este punto, que no se trata de reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de la prueba, actividad que le corresponde, *prima facie*, de modo exclusivo, a dicho juez, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos, bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos, bien, tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión de la norma jurídica aplicable al caso, entre otros aspectos⁽²³⁶⁾.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica entre las premisas y la conclusión, el control de la motivación externa permite identificar la deficiente o insuficiente justificación tanto de la *premisa mayor* (norma jurídica aplicable al caso concreto), como de la *premisa menor* (hechos concretos). El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal⁽²³⁷⁾.

⁽²³⁵⁾ Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García.

⁽²³⁶⁾ Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García.

⁽²³⁷⁾ Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso: Rosa Felícita Elizabeth Martínez García.

4. La motivación es uno de los requisitos esenciales del acto administrativo⁽²³⁸⁾. Un sector calificado de la doctrina, tanto de la teoría del derecho⁽²³⁹⁾ como del derecho administrativo⁽²⁴⁰⁾, considera que la motivación es un elemento esencial en la distinción de las decisiones administrativas arbitrarias y aquellas resoluciones que no solo son. La motivación no solo es una garantía formal del acto administrativo, sino también material de la que depende la validez del mismo⁽²⁴¹⁾.

La omisión de la motivación es sancionada con la invalidez del acto, según lo prescribe el inciso 4) del artículo 3 de la mencionada Ley N° 27444. En concordancia con ello, el inciso 2) del artículo 10 de la norma invocada preceptúa que el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez –como lo es la falta de motivación– es un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad de pleno derecho⁽²⁴²⁾. Su importancia es de tal magnitud que el TC peruano ha señalado que se puede ingresar a analizar la motivación pese a que dicho problema no haya sido planteado por las partes como parte de la evaluación constitucional de la validez material de dichas decisiones, toda vez que la función jurisdiccional está sujeta a límites constitucionales objetivos indefectibles, los que al ser incumplidos revierten la condición de

(238) Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual del procedimiento administrativo general*, cit., p. 329.

(239) Cfr. IGARTUA SALAVERÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 13, 77 y 87.

(240) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 99; GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 50, para quien la falta de motivación de un acto administrativo determina la anulabilidad del mismo.

(241) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, cit., p. 99: “La fundamentación adecuada de la decisión concretamente adoptada constituye un segundo nivel de diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario, entendido esto último como lo que no aparece (por inexistencia de motivación o por motivación insuficiente) o no está debidamente fundado (en material incorporado al expediente a lo largo de la instrucción del procedimiento)”.

(242) Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo.

intangibilidad que tiene en principio la función jurisdiccional, a tenor del artículo 139°.2 de la Constitución, máxime considerando que la doctrina procesal actual no admite la cosa juzgada en resoluciones que adolecen de vicios de nulidad insalvable.

En este sentido, se recuerda que no hay cosa juzgada allí donde se ha violado la Constitución y los derechos fundamentales. Una decisión judicial que ha sido emitido con afectación de los derechos constitucionales de las partes, o desconociendo alguno de los principios de la función jurisdiccional, como es el caso de la obligación de la motivación de las resoluciones, no puede cobijarse en el principio de cosa juzgada, sobre todo si tal decisión ha sido impugnada válidamente a través de un proceso constitucional y este Colegiado, luego de su análisis, ha estimado la demanda⁽²⁴³⁾.

El TC reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada⁽²⁴⁴⁾”.

(243) Exp. N° 00654-2007-AA/TC, caso: Ministerio de la Producción.

(244) EXP. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 04385-2012-PA/TC, caso: Teodoro Inga Sernaque; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 04909-2011-PA/TC; caso: Joaquín Silva Agurto; Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; Exp. N° 04200-2011-PA/TC, caso: Alejandro Sota Medrano; Exp. N° 05007-2011-PA/TC, caso: Zacarías Sandoval Villanueva; Exp. N° 01291-2011-PA/TC, caso: Olga Huacause de Cárdenas; Exp. N° 04985-2011-PA/TC, caso: Lucio Tolentino Granados Jiménez; Exp. N° 03006-2012-PA/TC, caso: María Aurelia Ayala Pérez; Exp. N° 03471-2012-PA/TC, caso: Claudio Benites Calderón; Exp. N° 04215-2011-PA/TC, caso: Gloria Norma Castillo, vda. de Rueda; Exp. N° 00148-2012-PA/TC, caso: Juan Huamán Céspedes; Exp. N°

03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 01329-2010-PA/TC, caso: Amador Flores Tarazona; Exp. N° 04333-2011-PA/TC, caso: Héctor Santa Cruz Ariza Remigio; Exp. N° 03440-2011-PA/TC, caso: Mauricia Aliaga de Nahui; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de la Rosa; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanquí Illanes; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: José Eulalio Elías Valencia; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de La Cruz; Exp. N° 04123-2011-PA/TC, caso: Mercedes Pisconte de Ramos: “Tal como se advierte, la emplazada no ha motivado de manera suficiente la resolución impugnada, pues no ha precisado las razones concretas por las cuales suspende la pensión de jubilación de la actora, limitándose a invocar argumentos genéricos como la existencia de ‘indicios’ de adulteración o falsificación de los documentos presentados para obtener la pensión de jubilación, vulnerándose de esta manera el derecho a la motivación de los actos administrativos.¹² Asimismo de la revisión de los actuados se observa que la entidad previsional en el expediente administrativo ha presentado, además de la resolución cuestionada, las copias fedateadas de la Resolución de Gerencia de Operaciones N° 6019-2007-GO/ONP (f. 61), la lista del Anexo 1 (f. 62) donde aparece la actora y dos Informes que se refieren a otras personas comprendidas en el Anexo 1 (f. 64) sin mencionarse a la actora, mas no ha aportado otra documentación que permita corroborar el contenido del pronunciamiento administrativo. En tal sentido se evidencia que en el presente caso la resolución cuestionada resulta en sí misma arbitraria, al basarse en meros indicios para decretar la suspensión de la pensión de la actora, pues desde la suspensión de la pensión hasta la fecha no se ha acreditado la falsedad o adulteración de los documentos que hicieron viable el otorgamiento de la pensión del demandante”. Por su parte en la STC del Exp. N° 05498-2011-PA/TC, caso: Bertha de la Cruz de Injante: “la emplazada no ha motivado la resolución impugnada, puesto que en autos no obra el citado Informe 333-2007-GO/DC, así como tampoco se ha precisado en la resolución cuestionada las razones concretas por las cuales se suspende la pensión de jubilación de la actora, limitándose a invocar argumentos genéricos como la existencia de información y/o documentación con indicios de falsedad o adulteración relacionada con el empleador Julio Massa Sánchez, la cual sirvió de sustento para obtener la pensión de jubilación solicitada, vulnerándose de esta manera el derecho a la motivación de los actos administrativos. 19. En tal sentido, en el presente caso, se evidencia que la resolución cuestionada resulta en sí misma arbitraria, al basarse en meros indicios para decretar la suspensión de la pensión de la actora, pues desde la suspensión de la pensión hasta la fecha no se ha acreditado la falsedad o adulteración de los documentos que hicieron viable el otorgamiento de la pensión de la demandante”; en la STC del

5. El incumplimiento del deber de motivar los actos administrativos genera dos clases de consecuencias⁽²⁴⁵⁾. La primera consecuencia es respecto al acto administrativo mismo que como requisito esencial para la validez provoca como regla la invalidez y posterior nulidad,

Exp. N° 04854-2011-PA/TC, caso: Fernando Laguna Núñez, se ha precisado: “Mediante la resolución cuestionada (f. 22) la ONP declaró la nulidad de la Resolución 67750-2005-ONP/DC/DL 19990 (f. 3) que le otorgó pensión de jubilación adelantada al demandante argumentando que mediante sentencia de terminación anticipada expedida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaura de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fecha 24 de junio de 2008, y adicionada por la resolución de fecha 14 de agosto de 2008, se ha determinado que los señores Eufemio Fausto Bao Romero y Claudio Eduardo Campos Egües formaban parte de organizaciones delictivas dedicadas a la tramitación de pensiones de invalidez y jubilación ante la ONP, para lo cual actuaban en colusión con apoderados que se encargaban del trámite, así como con los exempleados del servicio de verificación, Verónica Guadalupe Ruiz Azahuanche, Víctor Raúl Collantes Anselmo y Mirko Brandon Vásquez Torres. Por otro lado, indica que dicha resolución adolece de nulidad porque transgrede el ordenamiento jurídico establecido, porque otorgó la pensión de jubilación considerando como elemento de prueba para el reconocimiento de aportaciones el informe de verificación emitido en forma fraudulenta por los verificadores Víctor Collantes Anselmo y Mirko Brandon Vásquez Torres. 9. Este Colegiado considera, sin perjuicio de lo que se expondrá infra, que la distribución de la carga de la prueba comporta que la demandada demuestre que se ha configurado la causal de nulidad que le sirve de argumento para sostener su postura en esta litis. Tal exigencia probatoria, sin embargo, no ha sido satisfecha por la demandada, puesto que de los actuados se verifica que no presenta ningún documento que demuestre el hecho en el cual se sustente la nulidad referida; esto es, que en el caso concreto del actor el informe de verificación haya sido emitido por los mencionados verificadores y de manera fraudulenta, es decir, validando documentos adulterados con el propósito de acreditar aportaciones que no se efectuaron. 10. En ese sentido, se evidencia que la resolución cuestionada resulta manifiestamente arbitraria, dado que declara la nulidad de un acto administrativo aduciendo la configuración de las causales previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 10° de la Ley 27444 sin sustento alguno, puesto que omite precisar cuáles son y en qué consisten las irregularidades o actos delictivos que se habrían cometido en el procedimiento administrativo del demandante y cuáles los medios probatorios que los acreditan”.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 157.

salvo casos excepcionales (v. gr. posibilidad de subsanación por imprecisión). La segunda consecuencia es que sobre el funcionario que no cumple con el deber de motivar los actos administrativos puede surgir una inmediata sanción disciplinaria (art. 239.4).

En la jurisprudencia constitucional se encuentran múltiples ejemplos de la afectación constitucional del deber de motivar los actos administrativos.

Por ejemplo, si la agencia estatal encargada de los asuntos previsionales decide suspender el pago de la pensión, la resolución administrativa que al efecto se expida, debe establecer certeramente que uno o más documentos que sustentan el derecho a la pensión son fraudulentos o tienen datos inexactos; además, y en vista de la gravedad de la medida, toda vez que deja sin sustento económico al pensionista, debe cumplirse la obligación de fundamentar debida y suficientemente la decisión, dado que carecerá de validez en caso que la motivación sea insuficiente o esté sustentada en términos genéricos o vagos. Y ello es así porque la motivación de los actos administrativos, más aún de aquellos que extinguen o modifican una relación jurídica (caducidad y suspensión) es una obligación de la Administración y un derecho del administrado, incluso considerando la motivación por remisión a informes u otros, caso en el cual la ONP está en la obligación de presentarlos para sustentar su actuación y poder efectuar el control constitucional de su actuación⁽²⁴⁶⁾.

En ese sentido, se vulnera el derecho a la motivación de los actos administrativos si es que la decisión de suspender y/o revocar el derecho previsional (v. gr. pensión) omite precisar cuáles son y en qué consisten las irregularidades o actos delictivos que se habrían cometido en el procedimiento administrativo del demandante y cuáles los medios probatorios que los acreditan⁽²⁴⁷⁾, ni establece,

⁽²⁴⁶⁾ Exp. N° 01754-2011-PA/TC, caso: Marcos López Encinas; Exp. N° 03429-2009-PA/TC, caso: Lauro Agapito Tiburcio Alejo; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de la Cruz.

⁽²⁴⁷⁾ Exp. N° 04215-2011-PA/TC, caso: Gloria Norma Castillo, vda. de Rueda; Exp. N° 00148-2012-PA/TC, caso: Juan Huamán Céspedes; Exp. N° 04985-2011-

ni precisa los documentos que se califican como irregulares⁽²⁴⁸⁾ ni el informe grafotécnico en que, aparentemente, se sustenta la decisión⁽²⁴⁹⁾. El solo hecho de invocar la existencia de “indicios” de adulteración o falsificación de los documentos presentados para obtener la pensión de jubilación implica vulnerar el deber de motivar las decisiones administrativas⁽²⁵⁰⁾.

En dicha línea, quebranta la obligación de motivar las decisiones administrativas cuando se procede a declarar la nulidad de un acto administrativo, aduciendo la configuración de las causales previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 10° de la Ley N° 27444 sin sustento alguno y sin aportar documentación que acredite que se produjo el hecho en el cual se sustenta la nulidad; v. gr. el informe de verificación que fue emitido por los mencionados verificadores de manera fraudulenta, es decir, validando documentos adulterados o falsificados con el propósito de acreditar aportaciones inexistentes. Por otro lado, se destaca que el hecho que los funcionarios de la entidad previsional hayan sido condenados por los delitos de estafa y asociación ilícita

PA/TC, caso: Lucio Tolentino Granados Jiménez; Exp. N° 03471-2012-PA/TC, caso: Claudio Benites Calderón; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. N° 04200-2011-PA/TC, caso: Alejandro Sota Medrano; Exp. N° 04333-2011-PA/TC, caso: Héctor Santa Cruz Ariza Remigio; Exp. N° 03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 04909-2011-PA/TC, caso: Joaquín Silva Agurto; Exp. N° 05007-2011-PA/TC, caso: Zacarías Sandoval Villanueva; Exp. N° 01291-2011-PA/TC, caso: Olga Huacause de Cárdenas: “constituye un vicio de la motivación el no identificar cuáles son los documentos que la actora habría presentado y que contendrían las aludidas irregularidades que ocasionaron la suspensión de la pensión de jubilación que venía percibiendo”.

(248) Exp. N° 01754-2011-PA/TC, caso: Marcos López Encinas.

(249) Exp. N° 03429-2009-PA/TC, caso: Lauro Agapito Tiburcio Alejo; Exp. N° 02247-2011-PA/TC, caso: Eustaquia Gonzales de la Cruz; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: José Eulalio Elías Valencia; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de La Rosa.

(250) Exp. N° 01329-2010-PA/TC, caso: Amador Flores Tarazona.

no implica, necesariamente, que en el caso específico del demandante hayan actuado fraudulentamente⁽²⁵¹⁾.

En caso la administración decida declarar de oficio la nulidad del acto administrativo dictado, al amparo de las facultades legales conferidas, debe cumplir con determinados requisitos. En efecto, no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado. Se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realizar. Asimismo, es necesario que se conceda al perjudicado con la nulidad del acto la posibilidad de defenderse a fin de que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses. La resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad⁽²⁵²⁾.

En sentido semejante, el hecho de que una resolución administrativa de no nombramiento de un candidato a Fiscal supremo se base en que *“durante el curso del proceso de selección, (el actor) ha sido objeto de diversos cuestionamientos sobre su desempeño funcional en el Ministerio Público, en desmedro de la imagen pública”*, sin especificar cuáles serían esos cuestionamientos no aclarados que los condujeron a adoptar la decisión de no nombrarlo, a pesar de ocupar el tercer lugar en el orden de méritos y existir, precisamente, tres plazas vacantes; constituye un ejemplo de falta de motivación. El empleo de criterios tan abiertos constituye una fórmula general o vacía de fundamentación, esto es, una fórmula que por su vaguedad e insuficiencia no

(251) Exp. N° 03442-2011-PA/TC, caso: Catalina Jaimes Espinoza; Exp. N° 05031-2011-PA/TC, caso: Germán Arucanqui Illanes; Exp. N° 03440-2011-PA/TC, caso: Mauricio Aliaga de Ñahui.

(252) Exp. N° 0884-2004-AA/TC, caso: Eusebia Judict Buendía Fernández.

resulta suficientemente esclarecedora para la motivación del acto, y por lo mismo, restrictiva de los derechos fundamentales en tanto no identifica cuáles son esos diversos cuestionamientos no esclarecidos, ni que tan graves son como para que ameriten, pese a ocupar el tercer lugar en el orden de méritos y existir tres plazas vacantes disponibles, no ser nombrado Fiscal Supremo⁽²⁵³⁾.

f) Motivación de las sanciones administrativas, presunción de inocencia y principio de proporcionalidad

1. La obligación de motivar las decisiones administrativas se predican tanto de las decisiones estimatorias como las desestimatorias⁽²⁵⁴⁾. De igual forma, se exige que las decisiones administrativas que imponen el pago de ciertas sumas de dinero (v. gr. por concepto de reintegros) deben estar adecuadamente fundamentadas⁽²⁵⁵⁾ y que debe haber, por ejemplo, en el caso de las multas tributarias el respeto al principio de proporcionalidad y razonabilidad⁽²⁵⁶⁾.

(253) Exp. N° 04944-2011-PA/TC, caso: Mateo Grimaldo Castañeda Segovia.

(254) Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra.

(255) Exp. N° 03824-2010-PA/TC, caso: Guillermo Arévalo Rengifo; Exp. N° 00195-2011-PA/TC, caso: Jean Carlo Barandiarán Ruiz Conejo: “cabe destacar que de la citada Resolución N° 0416-2009-CGMG no se advierte cómo es que la emplazada llega a determinar que el recurrente ha ocasionado un gasto al Estado de S/. 37,757.26, lo que supone una afectación del derecho a la motivación como componente del derecho al debido proceso contemplado en el artículo 139°.5 de la Constitución”.

(256) Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanesa Espinoza Soria: “Este Colegiado considera que al resultar desproporcionada –sin una base objetiva que la sustente– la relación entre el monto de la multa y la medida de gradualidad establecida en la Resolución N° 112-2001/SUNAT, Anexo ‘A’, para el caso de autos, el dispositivo en mención resulta violatorio del principio de razonabilidad con que debe actuar la Administración en uso de sus facultades discrecionales. En consecuencia, las decisiones que en este marco viene dando la Administración Tributaria resultan arbitrarias y contrarias al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, y causan, en el presente caso, la violación de otro derecho constitucionalmente reconocido, como lo es el de propiedad, reconocido en el artículo 2°, inciso 16, de la Constitución”.

Los actos administrativos que imponen sanciones dentro de un debido procedimiento también deben fundamentarse rigurosamente⁽²⁵⁷⁾.

La Corte IDH en la sentencia del caso **López Mendoza vs. Venezuela del 1 de setiembre de 2011** ha precisado que “en el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que la norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa, y iii) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado ‘test de previsibilidad’, el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma”. También anotó: “el ‘test de previsibilidad’ implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad

⁽²⁵⁷⁾ En la doctrina administrativa nacional: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., pp. 159 y 161: “No debemos perder de vista que la exigencia de la motivación naturalmente varía de intensidad según la clase de resolución que se trate. Así, se presenta con todo su rigor cuando se trata de actos afectivos o limitativos de derechos fundamentales, decisiones sancionadoras, decisiones en procedimientos contenciosos o concurrenciales, si se trata de definir la improcedencia de peticiones concretas de los administrados o manifestar alguna expresión singular dentro de los cuerpos colegiados, los que se aparten del criterio seguido en los precedentes, o en los dictámenes de órganos consultivos, cuando involucren suspender decisiones objeto de recursos y actos discrecionales”; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo General: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 351.

En la jurisprudencia del TC peruano, véanse las sentencias de los Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas; Exp. N° 8333-2006-PA/TC, caso: Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán; Exp. N° 04080-2010-PA/TC, caso: Edwin Aníbal Mendoza Ramírez.

que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos”.

Respecto a la motivación de las sanciones administrativas, el intérprete de la Constitución ha recordado: “En la medida en que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador”⁽²⁵⁸⁾. Asimismo, se ha establecido que la exigencia de motivación varía de intensidad según la clase de resolución de que se trate, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras⁽²⁵⁹⁾.

La debida motivación de las resoluciones por las que se imponen sanciones no constituye solo una exigencia formal de las resoluciones judiciales, sino que se extiende a todas aquellas resoluciones que tienen por objeto el pronunciamiento sobre los derechos fundamentales, más aún en el ejercicio de una función⁽²⁶⁰⁾.

(258) Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses; Exp. N° 2732- 2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas; Exp. N° 04962-2008-PA/TC, caso: Ylyan Roberto Barragán Correa; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 05856-2009-PC/TC, caso: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A.; Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras.

(259) Exp. N° 4289-2004-AA/TC, caso: Blethyn Oliver Pinto; Exp. N° 01981-2011-PA/TC, caso: Saulo Gallo Portocarrero; Exp. N° 2732-2007-PA/TC, caso: Juan Humberto Quiroz Rosas; Exp. N° 04090-2010-PA/TC, caso: Orlando Miraval Flores; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán.

(260) Exp. N° 05976-2006-PA/TC, caso: Alarcón del Portal; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán; Exp. N° 04102-2010-PA/TC, caso: David Edilberto Zevallos Ampudia.

Las sanciones administrativas, máxime si se trata de sanciones extremadamente graves (v. gr. destituciones), deben de basarse en la magnitud y gravedad de la falta disciplinaria, es decir, en fundamentos que están dirigidos a sustentar la sanción correspondiente⁽²⁶¹⁾. Se alude aquí, de manera general, a la *gradualidad de la gravedad de la conducta*⁽²⁶²⁾ y a la necesidad de someter la revisión de los actos administrativos a criterios objetivos y razonables⁽²⁶³⁾.

El TC peruano establece que en la medición de la sanción a imponer de la mano del principio de proporcionalidad, tanto en el campo disciplinario y sancionador, se debe tomar en cuenta el *principio de lesividad o dañosidad* de la conducta como, por ejemplo, si se afectó el concreto servicio público (v. gr. la prestación de los servicios mu-

(261) En la doctrina nacional: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, cit., p. 159: “Una resolución sancionadora no solo debe justificar la calidad de culpable de la conducta a sancionar o su carácter ilícito, sino también informar sobre las razones que explican el tipo de sanción a aplicarse en relación con la gravedad, los antecedentes, el efecto o perjuicio producido, etc.”. Véanse, también las STC en los Exp. N° 00291-2011-PA/TC, caso: Mauro Pari Taboada; Exp. N° 02601-2011-PA/TC, caso: Jesús Marca Fernández; Exp. N° 04090-2010-PA/TC, caso: Orlando Miraval Flores; Exp. N° 8333-2006-PA/TC, caso: Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca; Exp. N° 05156-2006-PA/TC, caso: Walde Jáuregui; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. 4289-2004-AA/TC: “la exigencia de observar estos límites es aun más intensa si de lo que se trata es de ejercer funciones en el ámbito de la imposición de sanciones, pues en estos casos, los derechos fundamentales se erigen, fundamentalmente, como auténticos límites a la facultad sancionadora de un órgano constitucional. En lo que toca a la facultad sancionadora del Consejo Nacional de la Magistratura, es la propia Constitución la que establece que la resolución que impone la sanción debe estar debidamente motivada. Evidentemente, la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones sancionatorias del Consejo Nacional de la Magistratura se cumple cuando dicho órgano fundamenta cumplidamente su decisión de imponer una sanción; lo cual excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una relación directa e inmediata con la materia que es objeto de resolución y con la imposición de la sanción misma”.

(262) Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (Voto del magistrado Eto Cruz).

(263) Exp. N° 1803-2004-AA/TC, caso: Grimanesa Espinoza Soria.

nicipales), si ha ocasionado daño alguno al patrimonio de la entidad estatal, si se perjudicó el acervo documentario de la institución⁽²⁶⁴⁾ o si el empleado público ha incurrido en un acto de violencia, injuria o agravio de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores⁽²⁶⁵⁾. El principio de lesividad hace referencia a aspectos no solo cuantitativos, sino a criterios cualitativos. Por ejemplo, más importante que el monto defraudado es la conducta de falsificar documentos por parte de funcionario⁽²⁶⁶⁾.

La falta disciplinaria para que genere la imposición de la máxima sanción (v. gr. destitución) debe estar catalogada como falta muy grave o como una falta portadora del máximo nivel de injusto administrativo dentro de la Ley o el Reglamento⁽²⁶⁷⁾. Si se impone una sanción no

(264) Exp. N° 01997-2011-PA/TC, caso: Genaro Emilio Pérez Tellez.

(265) Exp. N° 03169-2006-PA/TC, caso: Pablo Cayo Mendoza; Exp. N° 01059-2009-PA/TC, caso: Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza (Voto del magistrado Vergara Gotelli).

(266) Exp. N° 01486-2010-PA/TC, caso: Andrés Avelino Flores Carlín: "De otra parte, este Tribunal debe desestimar el alegato consistente en que la sanción de despido fue desproporcionada, pues la gravedad de la falta que cometió el demandante, como lo es haber falsificado documentos para sustentar la rendición de cuentas de los viáticos que se le entregaron, justifica en forma debida que el despido del demandante sea una sanción proporcionada con relación a la gravedad de la falta cometida. En este sentido, debe subrayarse la falta de razonabilidad del argumento esgrimido en primer grado para estimar la demanda, consistente en que 'la medida impuesta resultaría desproporcionada, teniendo en cuenta que el monto que ha sido objeto de investigación en relación con el monto faltante, no representa ni el uno por ciento'. El argumento transcrito resulta irrazonable, por cuanto descontextualiza el hecho imputado como falta, consistente en que el demandante presentó documentos falsos al momento de rendir los viáticos que le entregó la Municipalidad emplazada. Asimismo, el argumento transcrito no es conforme con el razonamiento lógico, racional y razonado de la gravedad de la falta imputada que sustenta el despido del demandante, ya que el monto de la investigación no puede ser un parámetro válido para medir la sanción a imponerse, pues en el presente caso, lo que se sanciona es la conducta que quebranta la buena fe laboral, sin importar el monto faltante".

(267) Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (Voto del magistrado Calle Hayen).

prevista como falta en la ley o en el reglamento no solo se afecta el principio de proporcionalidad, sino también el principio de legalidad. Se destaca que la potestad disciplinaria tiene como límite el respeto de los principios constitucionales, dentro de los que se encuentra el principio de legalidad. Por tanto, cuando un principio de esta naturaleza no es observado, se habrá producido una afectación del derecho al debido proceso sustantivo⁽²⁶⁸⁾. Por otro lado, la tipificación de la falta y la previsión de la sanción a imponer deben encontrarse vigentes al momento de los hechos; de tal manera que no pueden aplicarse ni retroactiva ni ultractivamente⁽²⁶⁹⁾, más aún si es perjudicial.

(268) Exp. N° 06343-2007-PA/TC, caso: José Luis Chávez Luna: “En la resolución sancionatoria (Resolución Directoral N° 334-2005) no se precisa cuál ha sido la norma que tipifica la conducta del recurrente y que ha motivado la sanción. Por el contrario, las normas invocadas en ella tienen otro objeto. En efecto, el artículo 51° del Estatuto de la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes del Perú (Decreto Supremo N° 048-2002-ED) señala que en el ‘Reglamento General’ del mencionado Decreto Supremo ‘también se establecen las sanciones aplicables a los alumnos por infringir las normas respectivas, las mismas que son amonestación y separación, previo proceso’. Esta norma alude a un futuro reglamento que tendrá como objeto la regulación de las sanciones, pero no establece regulación alguna sobre conducta alguna infractora. Cabe precisar que al momento en que sucede el hecho por el que se sanciona al recurrente (8 de noviembre de 2005) dicho Reglamento General aun no había sido expedido. Este Reglamento (Resolución Ministerial N° 0452-2006-ED) ha sido publicado recién el 16 de agosto de 2006. En consecuencia, dado que el artículo 51 del citado Estatuto no prevé conducta infractora alguna, no se justifica que se haya atribuido el carácter de falta al hecho cometido por el recurrente”; Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (Voto del magistrado Eto Cruz: “no figura en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada (presentado al Tribunal Constitucional mediante escrito de fecha 10 de enero de 2011) ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores, ni las formas de utilización de las mismas, ni la capacidad de fiscalización, ni menos aún las sanciones correspondientes por el uso indebido”.

(269) Exp. N° 06343-2007-PA/TC, caso: José Luis Chávez Luna: “los citados artículos 63° y 64°, ya no estaban vigentes al momento de la infracción analizada dado que todo el Estatuto del que formaban parte había sido derogado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 048-2002-ED, publicado el 2 de diciembre de 2002, esto es, por el nuevo Estatuto de la Escuela Nacional Superior Autónoma

Asimismo, en el plano concreto, deben examinarse de manera escrupulosa los diferentes tipos de sanciones que establece la normatividad vigente (v. gr. amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones o destitución) como también deben tomarse en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del funcionario⁽²⁷⁰⁾. El máximo intérprete de la Constitución ha reiterado que: “este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional”⁽²⁷¹⁾.

En ese sentido, la Corte IDH en la sentencia del **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” vs. Venezuela** de fecha 5 de agosto de 2008) ha precisado respecto a la sanción de magistrados que “el control disciplinario, tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declara-

de Bellas Artes del Perú. En tal sentido, la remisión del Reglamento General (Resolución Ministerial N° 750-99-ED) a los artículos 63° y 64° sólo tuvo aplicabilidad hasta antes del 3 de diciembre de 2002, pero no después. En consecuencia, si estas disposiciones –arts. 63 y 64°– estaban derogadas, cuando menos, desde el 3 de diciembre de 2002, ellas no pueden aplicarse al hecho imputado al recurrente, que sucedió el 8 de noviembre de 2005. La conclusión es nuevamente la misma: el artículo 136° del Reglamento General (Resolución Ministerial N° 750-99-ED) remite a unas disposiciones que en el momento del hecho imputado al recurrente ya no existen por no estar vigentes, *ergo*, no hay previsión normativa del mencionado hecho y, por consiguiente, la sanción a aquel por la demandada infringe el principio de legalidad”.

(270) Exp. N° 1058-2004-AA/TC, caso: Rafael Francisco García Mendoza; Exp. N° 01997-2011-PA/TC, caso: Genaro Emilio Pérez Tellez.

(271) Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo; Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (Voto del magistrado Calle Hayen).

ción de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción⁽²⁷²⁾. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria”. La Corte IDH en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón vs. Venezuela** de fecha 1 de julio de 2011 ha señalado que “la exigencia de motivación sería aun mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción”.

La sanción debe ser graduable y debe respetar los principios constitucionales, como, por ejemplo, el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable⁽²⁷³⁾.

Es imperativo, entonces, que las resoluciones sancionatorias contengan una motivación adecuada a derecho, como una manifestación del principio de tutela jurisdiccional e interdicción de la arbitrariedad. La exigencia constitucional de motivación de las resoluciones sancionatorias excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una

(272) En similar sentido esta Corte ordenó que una pena fuera aplicada en forma proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se perseguía, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el caso. *Cfr. Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 133.

(273) Exp. N° 04492-2008-PA/TC, caso: Manuel León Quintanilla Chacón; Exp. N° 01287-2010-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas; Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso: José Antonio Álvarez Rojas: “el Tribunal Constitucional considera, *prima facie*, que si la sanción se impuso al recurrente porque terceros cometieron delitos, entonces ella resulta desproporcionada, puesto que se ha impuesto una sanción por la presunta comisión de actos ilícitos cuya autoría es de terceros”.

relación directa e inmediata con la materia que es objeto de resolución y con la imposición de la sanción misma⁽²⁷⁴⁾.

La sanción que se impone debe analizar y discurrir sobre los presupuestos fácticos que motivan la sanción (v. gr. destitución) y no sobre cuestiones ajenas a ella como a zanjar cuestiones de interpretación jurídica e incluso cuestiones de hecho relacionadas con el proceso judicial⁽²⁷⁵⁾.

2. La imposición de sanciones en el campo administrativo se conecta también con la vigencia del principio de presunción de inocencia⁽²⁷⁶⁾. Frente a una sanción carente de motivación, tanto respecto de los hechos como también de las disposiciones legales, no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia.

⁽²⁷⁴⁾ Exp. N° 04080-2010-PA/TC, caso: Edwin Aníbal Mendoza Ramírez; Exp. N° 05156-2006-PA/TC, caso: Walde Jáuregui; Exp. N° 01807-2011-PA/TC, caso: Carlos Alberto Gonzales Ortiz; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N° 00485-2012-PA/TC, caso: Aney Sam Castañeda Quispe; Exp. N° 02601-2011-PA/TC, caso: Jesús Marca Fernández; Exp. N° 00291-2011-PA/TC, caso: Mauro Pari Taboada; Exp. N° 04090-2010-PA/TC, caso: Orlando Miraval Flores; Exp. N° 04292-2007-PA/TC, caso: Alejandro Antonio Torres Toro; Exp. N° 01579-2008-PA/TC, caso: Yuri Antonio Almenáriz Gallegos; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán; Exp. N° 9851-2006-PA/TC, caso: Samuel Walter Romero Aparco; Exp. N° 04102-2010-PA/TC, caso: David Edilberto Zevallos Ampudia.

⁽²⁷⁵⁾ Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jáuregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

⁽²⁷⁶⁾ Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso: José Antonio Álvarez Rojas: "El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia".

Por ello, al disponerse que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución⁽²⁷⁷⁾.

La presunción de inocencia extiende su ámbito de aplicación en el ámbito del derecho administrativo, en especial, en el campo del derecho administrativo sancionador⁽²⁷⁸⁾. Toda actuación que se realice en sede administrativa, presumiendo la responsabilidad de un servidor, por la sola existencia de una investigación fiscal o judicial en contra de este, es atentatoria de sus derechos constitucionales, sobre todo porque la presunción de inocencia tiene base constitucional, y no puede desvirtuarse por el mérito de una pretendida “presunción de culpabilidad”⁽²⁷⁹⁾.

La presunción de inocencia rige también en el derecho parlamentario en especial cuando se trata de juicios o antejuicios políticos⁽²⁸⁰⁾. El TC peruano ha señalado que en caso se trate de las inhabilitaciones a las que hace referencia el artículo 99° de la Constitución por la comisión de delito en el ejercicio de la función, el Congreso no puede imponerlas sin previo juicio y sentencia firme del Poder Judicial que declare la responsabilidad penal del funcionario⁽²⁸¹⁾. En aras a garantizar en sede parlamentaria el derecho a la presunción de inocencia, para inhabilitar hasta por diez años por comisión de delitos, el Congreso está obligado a esperar el pronunciamiento judicial firme de culpabi-

(277) Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

(278) Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

(279) Exp. N° 01768-2009-PA/TC, caso: Mario Gonzales Maruri.

(280) Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

(281) El Tribunal ratifica su doctrina vinculante recaída en la STC 006-2005-PI/TC en el sentido que el Congreso de la República no puede inhabilitar en el ejercicio de la función pública a ningún funcionario por la supuesta comisión de delitos si es que previamente no hay sentencia firme dictada por el Poder Judicial.

lidad. Una opción distinta implicaría violación del debido proceso y transgresión del principio de división de poderes, pues el Congreso usurparía la función jurisdiccional de los jueces penales⁽²⁸²⁾.

El derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter: no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional⁽²⁸³⁾.

La realización de una investigación administrativa no importa un quiebre de esa presunción de no culpabilidad. La presunción de inocencia no garantiza que ante los indicios de la comisión de un delito no se pueda investigar, o que la investigación sobre su perpetración, con miras a formular una denuncia de parte, no se pueda efectuar sino con la presencia de un juez. Garantiza que no se sancione si no existen pruebas suficientes⁽²⁸⁴⁾. En efecto, la presunción de inocencia no resulta afectada por el solo inicio de un proceso administrativo, puesto que se mantiene durante toda la secuela del procedimiento, hasta el momento en que se emita la resolución que resuelva lo pertinente, de acuerdo con los hechos acreditados a través de los medios probatorios actuados⁽²⁸⁵⁾.

3. El deber de motivar las decisiones administrativas se relaciona también con la vigencia del principio de proporcionalidad⁽²⁸⁶⁾.

La Constitución de 1993 ha plasmado expresamente en el último párrafo del artículo 200° el principio de proporcionalidad, y como tal, constituye un auténtico principio general del Derecho. En efecto, el Tribunal Constitucional ha prescrito que dicho principio es consus-

(282) Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso: César Humberto Tineo Cabrera.

(283) Exp. N° 10107-2005-PHC/TC, caso: Noni Cadillo López; Exp. N° 10166-2005-PHC/TC, caso: Edilberto Toro Garay; Exp. N° 9943-2005-PHC/TC, caso: Herminio Lagos Vilcatona; Exp. N° 04590-2007-PHC/TC, caso: Romeo Dante Prince Morales.

(284) Exp. N° 1679-2005-PA/TC, caso: Guillermo Luis Ángel Otiniano García.

(285) Exp. N° 08300-2005-PHC/TC, caso: Héctor Yuri Jerónimo Falcón.

(286) Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso: José Antonio Álvarez Rojas.

tancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en los artículos 3° –derechos constitucionales implícitos o innominados– y 43° de la Norma Fundamental. Sobre el particular, ha dicho este Colegiado que, si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria, sino justa, puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable⁽²⁸⁷⁾.

La referencia al principio de proporcionalidad ha sido plasmada por el constituyente en el último párrafo del artículo 200°, en relación con los regímenes de excepción y los derechos restringidos o suspendidos; sin embargo, queda claro que dicho principio resulta perfectamente aplicable en cualquier ámbito o situación ordinaria que no revista la característica de excepcional. Así lo ha establecido este Tribunal, al disponer que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no⁽²⁸⁸⁾.

El principio de proporcionalidad también encuentra sustento en el numeral 43 de la Constitución, que define al Estado Peruano como

(287) Exp. N° 04962-2008-PA/TC, caso: Ylyan Roberto Barragán Correa; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo.

(288) Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo.

Social y Democrático de Derecho, así como en el valor justicia, pues en la medida en que dicho principio se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Por otra parte, importa precisar que si el principio de proporcionalidad constituye un instrumento de control de la discrecionalidad, y supone una correlación entre la infracción cometida y la sanción impuesta, a fin de determinar, en cada caso concreto, si hubo una excesiva afectación de los derechos fundamentales en juego, es evidente que el referido principio también se encuentra íntimamente ligado al concepto dignidad de la persona, que conforme al artículo 1 de la Constitución, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado⁽²⁸⁹⁾.

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y, como tal, tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad⁽²⁹⁰⁾.

El principio de proporcionalidad despliega su eficacia al momento de determinar el marco tanto abstracto y concreto de la sanción penal⁽²⁹¹⁾ como de la sanción administrativa.

⁽²⁸⁹⁾ Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo.

⁽²⁹⁰⁾ Exp. N° 0012-2006-PI/TC.

⁽²⁹¹⁾ Exp. N° 0014-2006-PI/TC: "el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido,

Es precisamente en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas⁽²⁹²⁾.

Las disposiciones legales (v. gr. art. 27° del Decreto Legislativo N° 276) establecen un claro mandato a la administración para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino “en cada caso” y tomando en cuenta “los antecedentes del servidor”. Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos: a) la elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto; b) la comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso; c) una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada con

ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable”.

(292) Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo.

relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso⁽²⁹³⁾.

El juicio de razonabilidad persigue establecer si la sanción guarda una relación proporcional con el hecho que la motiva y las circunstancias concretas del caso⁽²⁹⁴⁾. La aplicación del “test de proporcionalidad” se hace necesaria si ha sido correcta la aplicación de la sanción impuesta al recurrente. Esto supone que se deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada⁽²⁹⁵⁾.

4. En el análisis concreto de este principio, el TC consideró desproporcional e irrazonable el despido del que fue objeto un trabajador municipal debido a que si bien se le puede reputar que ha incurrido en la falta que le imputó la Municipalidad emplazada, en ningún momento ha incurrido en la afectación de la prestación de los servicios

⁽²⁹³⁾ Exp. N° 2192-2004-AA/TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses: “En autos no se aprecia que estos criterios hayan sido tomados en cuenta por la Municipalidad emplazada. Así a fojas 16, se observa que los demandantes desempeñaron una labor permanente e ininterrumpida durante 20 y 27 años, respectivamente, sin haber tenido problemas de carácter disciplinario. De otro lado, no se ha tomado en cuenta la existencia de un proceso penal en curso seguido por los mismos hechos, en el cual se emitió el atestado policial N° 55-03-RPNP-T/DTVAJ-DAMP, de fecha 26 de agosto de 2003, corriente a fojas 51, que concluye en la falta de responsabilidad de los accionantes. En este sentido, resulta cuestionable que en un proceso administrativo que tenga como consecuencia la sanción máxima de destitución, se omita la valoración de toda prueba o elemento que coadyuve a la determinación certera de la responsabilidad de los procesados, cuando ésta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la supuesta falta cometida y la sanción a imponerse”.

⁽²⁹⁴⁾ Exp. N° 2820-2003-AA/TC, caso: Alcoholes del Inca E.I.R.L. (voto singular del magistrado Landa Arroyo); Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (voto del magistrado Calle Hayen).

⁽²⁹⁵⁾ Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (voto del magistrado Calle Hayen).

municipales ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada. Siendo así y teniéndose en cuenta que la emplazada, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no argumentó que el demandante tenga antecedentes disciplinarios, se llegó a la conclusión de que la sanción impuesta no fue la más adecuada e idónea, pues la Municipalidad emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias anteriormente citadas y previstas en su Reglamento Interno de Trabajo⁽²⁹⁶⁾.

(296) Exp. N° 01997-2011-PA/TC, caso: Genaro Emilio Pérez Tellez; Exp. N° 1058-2004-AA/TC, caso: Rafael Francisco García Mendoza. Esta doctrina también se ha extendido al campo del derecho laboral a fin de ponderar la razonabilidad de los despidos: Exp. N° 01059-2009-PA/TC, caso: Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza; Exp. N° 05104-2008-PA/TC, caso: Sindicato Unificado de Trabajadores de Southern Peru Copper Corporation (Spcc)-Ilo, quien consideró que se violaba el debido proceso sustantivo debido a que la empresa emplazada al momento de imponer a los 2 trabajadores la sanción de despido laboral, lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 36° inciso c) de su propio Reglamento Interno de Trabajo, el cual señala que al aplicar una medida disciplinaria el Jefe o Supervisor tomará en cuenta los siguientes derechos del trabajador: c) Deberá ser proporcional a la gravedad de la falta cometida y a las circunstancias en que se produjo, debiendo servir como medida correctiva, a fin de evitar que se incurra nuevamente en ella (...); toda vez que los trabajadores habrían incurrido en una falta. También se destacó: “este Tribunal considera que la sanción impuesta por la demandada resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en el fundamento que precede, a los demandantes se les puede reputar que hayan incurrido en falta disciplinaria, no es menos cierto que teniéndose en cuenta que la empresa, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no ha argumentado que los demandantes tengan antecedentes disciplinarios que haya merecido que se les imponga alguna sanción disciplinaria, se debe concluir que la sanción del despido, no fue la más adecuada e idónea, pues teniendo en cuenta la falta incurrida por parte de los trabajadores, la emplazada podía haberles impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente”; Exp. N° 02267-2009-PA/TC, caso: Juan Francisco Umeres Díaz; Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (Voto del magistrado Calle Hayen); Exp. N° 06757-2008-PA/TC, caso: Carmen Añamuro Añamuro.

En otro caso, el TC estimó que se afectaba el principio de proporcionalidad y el debido proceso sustantivo cuando una Municipalidad despidió a un trabajador en atención a que concurrió a su centro de trabajo a laborar con evidentes síntomas de ebriedad, lo cual a criterio de la municipalidad quedó corroborado con la negativa del trabajador a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría del sector⁽²⁹⁷⁾. Sin embargo, el TC precisó que “la Municipalidad emplazada al momento de imponerle la sanción lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 83° de su propio Reglamento Interno de Trabajo, el que señala que las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión en sus labores o despido, se aplicarán en función de la gravedad de la falta

⁽²⁹⁷⁾ Exp. N° 03169-2006-PA/TC, caso: Pablo Cayo Mendoza: “Sobre el particular debe tenerse presente que el demandante en su carta de descargo ha reconocido que el día 8 de mayo de 2004 ingirió bebidas alcohólicas y que el día siguiente, esto es el 9 de mayo del citado año, asistió a trabajar con aliento alcohólico, mas no en estado de ebriedad. En este sentido, en su referida comunicación señala textualmente que ‘habiendo concurrido al sepelio de la madre de mi compadre espiritual, el día sábado 08/05/04; y bebido en forma moderada, evidentemente, al día siguiente podía sentirse el aliento alcohólico’ y que el día 9 de mayo de 2004 cuando se ‘presentó la Sra. Janet Díaz, [él se acercó] para saludarla por el día de la madre; momento en el cual me habría sentido el aliento alcohólico’. En el presente caso resulta relevante tener en cuenta que el demandante ha reconocido que se negó a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos, porque consideraba que era evidente que no se encontraba en estado de ebriedad. Por ello, en aplicación del inciso e) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR dicha negativa del demandante a someterse al dosaje etílico debe reputarse como reconocimiento del estado de ebriedad”.

Respecto al tema de la ebriedad en el campo disciplinario el TC, en la Exp. N° 06343-2007-PA/TC, caso: José Luis Chávez Luna, ha señalado: “consideramos necesario precisar que lo que determina el sentido de nuestro fallo no es tanto el que la conducta sancionada (permanecer en estado de ebriedad en un centro de estudios) sea tolerable desde la perspectiva de la Constitución; sino más bien, como ya se ha determinado, la inexistencia de disposiciones vigentes para sancionar al demandante. Y ello porque así como la Constitución garantiza los derechos a la educación (artículo 13°) y al debido procedimiento (artículo 139° inciso 3), también proscribe el abuso del derecho (artículo 103°) lo cual no es posible soslayar”.

cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador”; y que, además el trabajador: “en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada”.

En otro caso, la máxima instancia de la justicia constitucional en el Perú estimó desproporcional e irrazonable el separar de manera definitiva a un alumno de una universidad por haber fumado un cigarro de marihuana en sus instalaciones, pese a que le faltaban once semanas para concluir la carrera, no tenía antecedentes de haber cometido en el pasado una falta semejante ni ninguna otra falta administrativa y, además, había presentado un certificado toxicológico con resultado negativo⁽²⁹⁸⁾.

Se viola el principio de proporcionalidad si en la imposición de la sanción se vulneran otros derechos fundamentales como, por ejemplo, se interceptan las comunicaciones de mensajería instantánea y los mensajes del celular de un funcionario o empleado (público o privado), sin que exista una resolución judicial debidamente motivada que autorice dicha intervención⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁸⁾ STC del Exp. N° 00535-2009-PA/TC, caso: Rodolfo Luis Oroya Gallo. En el campo educativo, el TC ha señalado en el Exp. N° 3879-2004-AA/TC, caso: Abelardo César Caycho Ramis, lo siguiente: “No debe olvidarse que los centros educativos no sólo constituyen instituciones de aprendizaje académico, sino de formación personal y perfil vocacional. Aunque en ellos la disciplina es un elemento esencial, los problemas de conducta no se solucionan con la sola individualización de los responsables y su eventual exclusión, sino con la determinación del origen de los problemas y la aplicación de soluciones razonables para los mismos, lo que, no se agota con compromisos de tipo moral, como parece creerlo la demandada; c) la situación del menor es especialmente delicada, pues la institución demandada no toma en cuenta que se encuentra en el último año de educación secundaria y resulta acentuadamente traumático y perjudicial excluirlo del centro educativo en el que ha recibido toda su educación, incluso desde la etapa primaria”.

⁽²⁹⁹⁾ Exp. N° 1058-2004-AA/TC, caso: Rafael Francisco García Mendoza; Exp. N° 00114-2011-PA/TC, caso: Roberto Nieves Albán (voto de los magistrados Mesías Ramírez y Eto Cruz).

Por otro lado, el TC peruano ha reconocido, correctamente, que se afecta también el principio de proporcionalidad a través de la prescripción contenida en el inciso 4 del artículo 286° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala: “*No puede patrocinar el Abogado que... 4.- Ha sufrido destitución de cargo judicial o público, en los cinco años siguientes a la aplicación de la sanción...*”, ya que de otro modo se estaría vaciando de contenido el derecho fundamental al trabajo, negándole al profesional la posibilidad de generar sus propios ingresos que le posibiliten una calidad de vida. Una medida semejante afecta la propia esfera de la dignidad de la persona⁽³⁰⁰⁾. Si bien el legislador, en representación del Estado, tiene la potestad de tipificar como infracciones determinados comportamientos o conductas que considera nocivos para la vida económica, laboral y social, y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su comisión se deriven, esa potestad no es absoluta, pues se encuentra limitada por los principios, valores y derechos que la Constitución reconoce de manera expresa e implícita. De ahí que la Constitución incorpore principios, valores, derechos y deberes que inciden tanto en materia sustantiva como procedimental en el ejercicio del poder disciplinario y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir las conductas infractoras, los procedimientos disciplinarios y las sanciones o consecuencias jurídicas a imponerse, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder disciplinario de la Administración Pública y de los particulares⁽³⁰¹⁾.

⁽³⁰⁰⁾ Exp. N° 01244-2006-PA/TC, caso: Ernesto Antonio Bermúdez Sokolich (voto del magistrado Eto Cruz). En dicha sentencia, el voto singular del magistrado Mesía Ramírez señaló: “En nuestra opinión la incompatibilidad prevista en el inciso 4), del artículo 286° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituye una restricción arbitraria que desconoce irrazonablemente el contenido esencial del derecho al trabajo de aquellos abogados que, siendo funcionarios o servidores son destituidos de algún cargo judicial o público, pues les impide que puedan patrocinar procesos por cinco años, es decir, que puedan desempeñarse y desenvolverse libremente como abogados, lo cual atenta contra su desarrollo y dignidad como personas humanas”.

⁽³⁰¹⁾ Exp. N° 01244-2006-PA/TC, caso: Ernesto Antonio Bermúdez Sokolich (voto del magistrado Mesía Ramírez).

En otro caso, el TC convalidó la expulsión de un Cadete de la Policía Nacional por haber sustraído un teléfono celular del interior del ropero de un compañero señalando que es claro que este incurrió en una falta muy grave, por lo que resulta razonable la aplicación de una medida drástica como la de separación de la escuela: “Y es que debe tomarse en cuenta que en dicha institución se forma a quienes más adelante serán los encargados de garantizar ‘el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado’ [art. 166° de la Constitución]. En virtud de ello, es razonable y proporcional exigir cierto estándar mínimo de conducta en la formación de quienes serán los custodios del orden interno. Por consiguiente, frente a un hurto, el mismo que no ha sido controvertido por el actor, no resulta desproporcionada la separación de quien incurrió en dicha falta de la escuela de formación de la Policía Nacional del Perú”⁽³⁰²⁾.

g) La motivación de los administrativos como contenido del debido proceso

1. El TC peruano señala que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Queda claro, entonces, que la cláusula fundamental contenida en el artículo 139°.3 de la Constitución Política del Perú, no es “*patrimonio*” exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos o privados⁽³⁰³⁾. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁽³⁰⁴⁾. Este criterio

⁽³⁰²⁾ Exp. N° 04962-2008-PA/TC, caso: Ylyan Roberto Barragán Correa.

⁽³⁰³⁾ Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras; Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino

⁽³⁰⁴⁾ Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo; Exp. N° 04909-2011-PA/TC, caso: Joaquín Silva Agurto; Exp. N° 03518-2012-PA/TC,

se ha reiterado por el máximo intérprete de la Constitución al sostener lo que sigue: “pareciera desprenderse de la literalidad del texto de la disposición constitucional aludida que el debido proceso constituye, antes que un derecho fundamental, un principio de la función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional no asume esta interpretación, pues desde la perspectiva de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y a la luz del principio *pro homine* (artículo V del Código Procesal Constitucional), es conforme con la Constitución que se interprete también que en dicha disposición constitucional se reconoce el derecho fundamental al debido proceso”⁽³⁰⁵⁾.

En efecto, el derecho al debido proceso y los derechos que este trae como contenido son invocables y, por tanto, garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, “el Debido Proceso Administrativo” supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139° de la Constitución del Estado (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)⁽³⁰⁶⁾. El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si esta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante

caso: Carmen Clorinda Romero Chagray, vda. de La Rosa; Exp. N° 04385-2012-PA/TC, caso: Teodoro Inga Sernaque; Exp. N° 2939-2004-AA/TC, caso: Municipalidad Provincial de Coronel Portillo.

⁽³⁰⁵⁾ Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

⁽³⁰⁶⁾ Exp. N° 04909-2011-PA/TC, caso: Joaquín Silva Agurto; Exp. N° 03518-2012-PA/TC, caso: Carmen Clorinda Romero Chagray vda. de La Rosa; Exp. N° 04385-2012-PA/TC, caso: Teodoro Inga Sernaque; Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional⁽³⁰⁷⁾.

Mediante los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139°, el segundo párrafo del artículo 103° u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3° de la Constitución). En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). El contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, establecidos en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, no puede ser identificado correctamente si tales derechos no son interpretados sistemáticamente con disposiciones constitucionales, tanto subjetivas como objetivas⁽³⁰⁸⁾.

(307) Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras; Exp. N° 0091-2005-PA/TC, caso: Yeny Zoraida Huaroto Palomino y otra.

(308) Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: José Eulalio Elías Valencia: "En relación con los bienes subjetivos, cabe mencionar el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), el principio del Estado democrático y social de derecho (artículo 43°), la protección jurisdiccional de los derechos (artículo

2. Si se ha reconocido que en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución está implícito el derecho fundamental al debido proceso, tal interpretación debe ser integrada con aquella otra que extiende la vigencia y eficacia de este derecho fundamental más allá del ámbito de los procesos judiciales. Es decir, el debido proceso en tanto derecho fundamental también se manifiesta como tal en los procesos y procedimientos al margen de la naturaleza de que se trate. Esto es, en el ámbito judicial, parlamentario, militar, laboral, administrativo e incluso entre particulares, dado que los derechos fundamentales tienen una *eficacia vertical* –frente a los poderes públicos– y una *eficacia horizontal* –entre particulares–⁽³⁰⁹⁾.

El debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación

200°), y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (Cuarta Disposición Final y Transitoria), entre otros. En cuanto a los bienes objetivos, tenemos los deberes de todos los peruanos (artículo 38°), los deberes primordiales del Estado (artículo 44°), el principio político de soberanía popular (artículo 45°), el principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51°), los principios constitucionales del proceso de descentralización (artículo 188°), por señalar los principales”.

⁽³⁰⁹⁾ Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas.

sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Cabe recordar que el debido proceso no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente a efectos de que la administración pueda utilizarlas o prescindir de las mismas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulta compatible con la Justicia como valor y la garantía para el administrado de que está siendo adecuada o correctamente procesado⁽³¹⁰⁾.

3. Dentro de la características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes⁽³¹¹⁾:

- i) **Es un derecho de efectividad inmediata.** Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional: "Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese

(310) Exp. N° 3075-2006-PA/TC, caso: Escuela Internacional de Gerencia High School Of Management-Eiger.

(311) Exp. 0023-2005-PI/TC.

marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”⁽³¹²⁾.

- ii) **Es un derecho de configuración legal.** En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley. Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales⁽³¹³⁾.
- iii) **Es un derecho de contenido complejo.** No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales⁽³¹⁴⁾.

(312) Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso: Manuel Anicama Hernández.

(313) Exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso: Manuel Anicama Hernández.

(314) Exp. N° 05428-2011-AA/TC, caso: José Eulalio Elías Valencia; Exp. 0023-2005-PI/TC; Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo.

4. Dentro de aquel conjunto de garantías mínimas que subyacen al debido proceso se encuentra el *derecho a la motivación de las resoluciones*⁽³¹⁵⁾. En consecuencia, debemos afirmar que el derecho a la motivación de las decisiones administrativas si bien no tiene un sustento constitucional directo, no es menos cierto que forma parte de aquella parcela de los *derechos fundamentales innominados* que integra la construcción constitucional del Estado que permite apartarse de toda aquella visión absoluta o autoritaria. Hablar de un Estado Constitucional significa hablar de un modelo estatal en el que sus acciones están regidas por el Derecho, lo que trae como correlato que la actuación de la administración deberá dar cuenta de esta sujeción para alejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la administración deberán contener una *adecuada motivación*, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso. Cuando se hace referencia al término *adecuada motivación*, esta debe ser entendida como aquella que genera consecuencias positivas en un Estado de Derecho en el que la protección de los derechos fundamentales se rige como uno de sus principales pilares. Así, por un lado, tenemos que una resolución debidamente motivada brinda *seguridad jurídica a los administrados*, y por otro, sirve como *elemento de certeza a la autoridad administrativa* que decide el procedimiento⁽³¹⁶⁾.

La Corte IDH en la sentencia del caso **López Mendoza vs. Venezuela del 1 de setiembre del 2011** ha precisado que el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8°.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de

(315) Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 01646-2011-PA/TC, caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, Caso: Edras Boel Orihuela Romero; Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén.

(316) Exp. N° 01412-2007-PA/TC, caso: Juan de Dios Lara Contreras.

todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución, entre ellos, el derecho a la motivación de las resoluciones, que comporta, de manera general, una exigencia en el sentido de que los fundamentos que sustentan la resolución deben ser objetivos y coherentes con la materia de pronunciamiento, quedando fuera de ella consideraciones de orden subjetivo o que no tienen ninguna relación con el objeto de resolución⁽³¹⁷⁾. Tan arbitraria es una resolución que no está motivada o está deficientemente motivada como aquella otra en la cual los fundamentos no tienen una relación lógica con lo que se está resolviendo; en ambos supuestos, de ser el caso, se vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales⁽³¹⁸⁾.

Por ejemplo, la administración tributaria en el marco de los procedimientos administrativos tributarios que lleva a cabo, debe respetar las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los administrados, entre ellos, especialmente, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución⁽³¹⁹⁾.

⁽³¹⁷⁾ Exp. N° 05334-2011-PA/TC, caso: Yolanda Gallegos Canales; Exp. N° 2317-2010-AA/TC, caso: Miguel Armando Cadillo Palomino; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 01646-2011-PA/TC, caso: Eduardo Erasmo Granda Monroy; Exp. N° 5514-2005-PA/TC, caso: Edras Boel Orihuela Romero; Exp. N° 3361-2004-AA/TC, caso: Álvarez Guillén; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas; Exp. N° 03597-2011-PA/TC, caso: Roger Alcides Salazar López.

⁽³¹⁸⁾ Exp. N° 8333-2006-PA/TC, caso: Miguel Ángel Tomayconza Fernández-Baca; Exp. N° 8495-2006-PA/TC, caso: Eduardo de Valdivia Cano; Exp. N° 03891-2011-PA/TC, caso: César José Hinostroza Pariachi; Exp. N° 02250-2007-PA/TC, caso: José Antonio Silva Vallejo; Exp. N° 5156-2006-PA/TC, caso: Walde Jauregui; Exp. N° 5033-2006-PA/TC, caso: Víctor Segundo Roca Vargas; Exp. N° 01243-2011-PA/TC, caso: Mariano Freddy de la Cruz Huamán.

⁽³¹⁹⁾ Exp. N° 00294-2005-PA/TC, caso: Balarezo Contratistas Generales S.A.

5. La Corte Interamericana ha reconocido la importancia del debido proceso en sede administrativa en diversas sentencias.

Por ejemplo, en la sentencia del **caso Ivcher Bronstein vs. Perú** de fecha 6 de febrero de 2001 ha señalado de manera categórica: “Como se ha demostrado, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, fue la autoridad que dictó la ‘resolución directoral’ que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estima pertinente considerar la aplicación del artículo 8° de la Convención Americana a los hechos del presente caso en el contexto del proceso administrativo. Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula ‘garantías judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en estos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo. Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana. En este sentido, pese a que el artículo 8°.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”.

Por su parte, la sentencia de la Corte IDH en el caso **Ricardo Baena y otros vs. Panamá** de fecha 2 de febrero de 2001 sentó la siguiente doctrina: "Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8° de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8°.1 y 8°.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. (...). La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Tribunal Constitucional vs. Perú**, que supuso la condena internacional del Estado Peruano por la violación de los derechos humanos, también

reconoció la vigencia del debido proceso a nivel del antejuicio político, en concreto en la investigación llevada a cabo contra los miembros del Tribunal Constitucional en sede del Congreso de la República.

El TC peruano, asumiendo la línea tuitiva de la Corte IDH, y la doctrina administrativa⁽³²⁰⁾ ha remarcado que no solo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquel se deben de respetar. En efecto, “es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, judicial, sino que se extiende también a sede administrativa”⁽³²¹⁾.

(320) Véase, ZEGARRA VALDIVIA, Diego, “La resolución en el procedimiento administrativo sancionador y el derecho de defensa”, en: *La Ley de Procedimiento Administrativo general: Diez años después* (Diego Zegarra Valdivia y Víctor Baca Oneto), cit., p. 342.

(321) Exp. N° 2050-2002-AA/TC, caso: Carlos Israel Ramos Colque; Exp. N° 0090-2004-AA/TC, caso: Juan Carlos Callegari Herazo.

CAPÍTULO CUARTO

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

I. FUNDAMENTO Y BASE LEGAL

1. El deber de motivar las resoluciones judiciales está consagrado en el art. 139, inc. 5, de la Constitución Política del Estado. Si bien dicho deber se encuentra recogido como una garantía constitucional aplicable en sede jurisdiccional su vigencia se extiende a todos los niveles de los poderes del Estado y de los órganos constitucionalmente autónomos entre los que se incluye la actividad del Ministerio Público. Las decisiones del Ministerio Público deben ser motivadas en el sentido de que se deben justificar las decisiones estatales que buscan esclarecer si un hecho determinado posee relevancia jurídico-penal o no; y hay mérito para investigar, archivar el caso o acusar⁽¹⁾.

Los actos decisorios del Ministerio Público, llámese apertura de investigación fiscal, denuncia, resoluciones de archivo, los dictámenes, la acusación, el requerimiento no acusatorio, deben cumplir con el mandato de motivación regulado en la ley fundamental. La actividad del Ministerio Público no solo es un despliegue de poder o de voluntad

(1) Por todos, RAMOS HEREDIA, Carlos, *El Razonamiento Fiscal. De la sospecha al indicio*, Lima, Magna ediciones, 2009, p. 95; ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, cit., p. 232.

incondicional que configura determinadas situaciones legales⁽²⁾, pues se encuentra sometido al imperio de la ley y el derecho. La obligación constitucional de motivar no solo es un deber que se extiende a una determinada clase de funcionarios o de órganos estatales, en especial los órganos jurisdiccionales y los entes administrativos, sino que se aplica a todos los que ejercen y desarrollan una labor estatal, entre los que destacan los órganos y representantes del Ministerio Público⁽³⁾.

El deber de motivar las resoluciones fiscales si bien no tiene anclaje constitucional directo ni expreso⁽⁴⁾ puede obtenerse acudiendo a una interpretación constitucional dinámica. El hecho de que el texto constitucional no precise la obligación constitucional de que las decisiones del Ministerio Público sean motivadas no quiere decir que dicho deber no puede derivarse de otros principios y normas constitucionales. En tal línea, creemos que la obligación de rango constitucional de motivar las resoluciones del Ministerio Público puede inferirse acudiendo a cuatro fuentes.

En primer lugar, sobre la base de una interpretación analógica y evolutiva es posible plantear que las garantías constitucionales de la

(2) Cfr. AROCENA, Gustavo, "De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso", en: *Temas de Derecho Procesal* [Contemporáneos], Córdoba, Edit. Mediterránea, 2001, p. 205.

(3) Cfr. CHIARA DÍAZ, Carlos, *Los jueces deben garantizar un proceso según la Constitución y no conforme al procedimiento mixto*; en: [http:// www.eldial.com. arg.](http://www.eldial.com. arg.); ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, cit., p. 232.

(4) En el derecho comparado, algunas Constituciones recogen el deber de motivar las resoluciones fiscales. Por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20° establece: "C. De los derechos de la víctima o del ofendido: I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. **Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa**".

administración de justicia, entre ellas la de motivación (art. 139°, inc. 5 de la Const.) no solo rigen en el ámbito judicial, sino también en el campo administrativo y en otras áreas del derecho. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **caso Tribunal Constitucional vs. Perú**, que supuso la condena internacional del Estado Peruano por la violación de los derechos humanos en la investigación llevada a cabo contra los miembros del Tribunal Constitucional en sede del Congreso de la República, ha dejado sentado la siguiente posición de observancia obligatoria: "si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'garantías judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales'⁽⁵⁾, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos. Ya la corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁽⁶⁾. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo⁽⁷⁾. Es decir, que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión

(5) Cfr. Garantías judiciales en Estados de Emergencia [arts. 27°.2, 25° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 27.

(6) Cfr. Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N° 37, par. 149.

(7) Cfr. Eur. Court H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A N° 80, par. 76; y Eur. Court H.R., case of X v. the United Kingdom of 5 November 1981, Series A N° 46, par. 53.

se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta corte considera que cualquier órgano del estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

Este criterio ha sido suscrito en la sentencia del **caso Ivcher Bronstein vs. Perú** de fecha 6 de febrero de 2001 y en la sentencia del **caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela** de fecha 1 de julio de 2011, entre otros fallos.

En segundo lugar, y si ello no fuera suficiente, se tiene que los alcances del macro derecho del debido proceso se extienden en su eficacia y contenido a sede prejurisdiccional abarcando el contexto de la investigación preliminar y cualquier otro procedimiento que se sigue en el Ministerio Público. El TC peruano apunta que el debido proceso: “puede abarcar o comprender todos aquellos espacios procesales en los que existan mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas (como es el caso de los procedimientos administrativos, los corporativos particulares, los de carácter arbitral, los desarrollados en el ámbito parlamentario, en la fase prejudicial etc.)”⁽⁸⁾. El máximo intérprete de la Constitución ha reconocido de manera expresa la vigencia del debido proceso en sede de la investigación preliminar y, en general, en los actos del Ministerio Público al postular: “En ese sentido, la posibilidad que la justicia constitucional realice un control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones. Y es que, hoy por hoy, no existe duda que este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que al Ministerio Público le corresponde

⁽⁸⁾ Exp. N° 00917-2007-PA/TC, caso: Hv S.A. Contratistas.

concretizar el mandato previsto en el artículo 159° de la Constitución. Claro está, que las garantías previstas en la referida disposición constitucional serán aplicables a la investigación fiscal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines de las actuaciones del Ministerio Público”⁽⁹⁾.

En tercer lugar, el deber de motivar las resoluciones del Ministerio Público se puede derivar del mandato constitucional referido a la supremacía de la Constitución y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales. Con base en la legitimidad del texto constitucional se predica la supremacía política de la Constitución de la que deriva también la supremacía jurídica de la Constitución⁽¹⁰⁾, sobre el resto de fuentes del ordenamiento jurídico. La supremacía de la Constitución implica: i) el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución como fuente de validez de la ley y de las demás normas del ordenamiento jurídico; ii) la configuración de una serie de mecanismos que aseguren y garanticen la supremacía de la Constitución a través de

(9) Véase, las STC de los Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, caso: Alexander Mosquera Izquierdo; Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, caso: Samuel Gleiser Katz; Exp. N° 1268-2001-PHC/TC, caso: Socorro Vallejo Cacho de Valdivia; Exp. N° 1762-2007-PHC/TC, caso: Alejandro Toledo Manrique; Exp. N° 2521-2005-PHC/TC, caso: César Darío Gonzales Arribasplata: “la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional”.

(10) Por todos, STARCK, Christian, “La Legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, 2003, pp. 479 y 492, quien señala: “La supremacía de la Constitución es una conquista de la cultura jurídica norteamericana y europea. La noción teórica de la supremacía de la Constitución va acompañada de la voluntad práctica del poder constituyente de garantizar la primacía de su producto”; GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Argumentación en el Derecho*, cit., p. 25.

la activación de medios, procedimientos y recursos que controlen la expedición de normas contrarias a la Constitución⁽¹¹⁾. Por su parte, los derechos fundamentales según doctrina reconocida tienen un doble significado: i) representan los valores supremos; ii) permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos⁽¹²⁾. Se considera que son derechos subjetivos públicos⁽¹³⁾.

En cuarto lugar, la vigencia del principio (no escrito) de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos obliga a contemplar que todos los actos del Ministerio Público –como de cualquier otra entidad estatal– en los que exista un ámbito amplio de discrecionalidad no deben obedecer a la pura voluntad y al capricho, sino a criterios jurídicos y normativos estrictos. La interdicción de la arbitrariedad es un principio constitucional implícito⁽¹⁴⁾. La apoyatura constitucional del principio de interdicción de arbitrariedad descansa también en la regla constitucional de la libertad de actuación sustentada en la ley (principio de legalidad) por la que: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*” (art. 24° inc. a). Se trata de un mandato dirigido a la Administración y a la judicatura. La doctrina entiende en este sentido que los funcionarios públicos –cualquiera sea su rango y nivel de pertenencia– no pueden dictar órdenes, mandatos u obligaciones que no tengan sustento legal expreso; de tal manera que no pueden obligar a los ciudadanos a hacer lo que la ley no manda ni impedir, ni restringir el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial la libertad de actuar, sin que exista previamente una prohibición legalmente fundada⁽¹⁵⁾.

(11) Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, “La Problemática de la Justicia Constitucional”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, 2001, p. 234.

(12) Cfr. HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 55.

(13) Cfr. HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 63.

(14) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 197.

(15) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, cit., p. 198.

En un Estado Constitucional no existen zonas exentas de control jurídico (o zonas de indefensión⁽¹⁶⁾), ya sea legal o constitucional⁽¹⁷⁾, en la que pueda autorizarse la comisión de actos arbitrarios. En efecto, no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos⁽¹⁸⁾. El TC peruano ha precisado que cualquier “poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31, in fine, de la Carta Fundamental”⁽¹⁹⁾.

2. También las normas legales vigentes (Ley Orgánica del Ministerio Público) hasta hace poco tiempo (Código de Procedimientos Penales) no contenían formalmente un mandato expreso en el sentido de reclamar y exigir el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones fiscales. Tal situación determinó que la doctrina procesal y constitucional haya guardado un particular silencio respecto a si las resoluciones del Ministerio Público debían cumplir o no con el deber de justificar sus decisiones. Basta revisar los manuales y monografías

(16) Véase, la STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC, caso: Diodoro Antonio Gonzales Ríos.

(17) Véase, la STC Exp. N°. 0009-2007-PI/TC; Exp. N° 0010-2007-PI/TC (acumulados); Exp. N° 00291-2011-PA/TC, caso: Mauro Pari Taboada: “No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o a la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el artículo 142° de la Constitución –como la prevista por el numeral 154.3– no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo”.

(18) Véase, la STC N° Exp. N° 2366-2003-AA/TC, caso: Juan Genaro Espino Espino.

(19) Véase, la STC del Exp. N° 5854-2005-PA/TC, caso: Pedro Andrés Lizana Puelles.

más significativas en nuestro medio sobre el tema para percatarse que el problema planteado se pasaba por alto, era ignorado, y en el mejor de los casos solo se llegaba a plantear criterios genéricos, nada precisos ni concretos al respecto. De igual forma, la justicia ordinaria y constitucional no ha razonado acerca de si el deber de fundamentar las decisiones judiciales era también extensible a las decisiones del Ministerio Público, no habiendo desarrollado sus requisitos y exigencias mínimas, y en qué forma se podía controlar su cumplimiento.

Pese a este prolongado silencio, tanto a nivel jurisprudencial y doctrinal, la ley peruana de manera uniforme al menos desde la vigencia del Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica del Ministerio Público ha reconocido, aunque no de manera literal, el deber de motivar las resoluciones fiscales⁽²⁰⁾. Por ejemplo, es de resaltar que el C de PP, en su artículo 225°, establece los requisitos que debe cumplir de manera obligatoria e ineludible la acusación escrita que debe contener: i) "El nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento y domicilio del acusado; ii) la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad; iii) los artículos pertinentes del Código Penal; y en casos de penas alternativas, la que fuera aplicable, la duración de las penas principal y accesoria, o la medida de seguridad que sustituya a la pena; iv) el monto de la indemnización civil, la forma de hacerla efectiva y la persona a quien corresponda percibirla; v) los peritos y testigos que, a su juicio, deben concurrir a la audiencia; vi) la declaración de haber conferenciado o no con el acusado, indicando si este se halla preso o libre y el tiempo exacto que ha estado detenido, y; vii) el concepto que le merezca la forma como se ha llevado a cabo la instrucción y si las ampliaciones acordadas en la instrucción se han debido o no a la negligencia del Juez o del Fiscal Provincial a fin de anotarse como demérito en su legajo personal". Tanto en los casos de acusación sustancial como en la acusación formal, la LOMP en su

(20) Cfr. ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano*, *El fiscal en el nuevo proceso penal*, cit., p. 233.

art. 92° inc., 4 prescribe: “En ambos casos la acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordenada de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido; la calificación del delito y la pena y la reparación civil que propone”.

En el caso de formalización de denuncia, el art. 94°, inc 2, de la LOMP, prescribe que el fiscal provincial: “*expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente*”.

Como puede verse de la simple lectura de las disposiciones transcritas, la ley establecía, aunque no con el rótulo de motivación, la obligación legal de que el Ministerio Público –en caso de denuncia o acusaciones– cumpla con un estándar mínimo de justificación. A ello se alude cuando se refiere a una exposición de los hechos que se tiene conocimiento, la calificación legal y la prueba que se cuenta o se ofrece actuar o se especifica con total rotundidad que la acusación debe individualizar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad, los artículos pertinentes del Código Penal y la fijación de la correspondiente reparación civil.

La ausencia en la actualidad de una expresa referencia legal, ya sea en el C. de PP o en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que imponga el deber de motivar a todos los actos del Ministerio Público, no quiere decir que dicha obligación no exista o no tenga base normativa alguna.

3. El Código Procesal Penal de 2004 recoge una regulación expresa del deber de motivar las resoluciones fiscales cuando en el art. 64° se prescribe que: “*El Ministerio Público formulará sus Disposiciones y Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o Requerimientos anteriores*”.

Dicha norma consagra el principio de autosuficiencia del deber de motivar las resoluciones fiscales. El principio de autosuficiencia de la motivación no es otra cosa que la plenitud del discurso justificativo

de la decisión⁽²¹⁾. En efecto, la resolución (fiscal o judicial) que se motiva debe ser autosuficiente tanto desde el punto de vista lógico como argumentativo en el sentido de que se debe bastar por sí misma, evitando que el ciudadano se remita a las actas del proceso o a otras fuentes para entender el fallo⁽²²⁾. La fundamentación de la resolución fiscal debe proporcionar todos los datos necesarios para lograr una correcta interpretación del caso, de la materia controvertida y de la actividad desarrollada⁽²³⁾.

El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos (art. 122°,1). El CPP prescribe que las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley (art. 122°). El CPP establece de manera expresa que algunas resoluciones del Ministerio Público deben fundamentarse como ocurre con la solicitud de impedimento de salida, el cual "*será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida*" (art. 295°,2), la acusación escrita⁽²⁴⁾, los actos de investigación (art. IV, 3 del Título Preliminar).

(21) Cfr. TARUFFO, Michele, *La Motivación de la Sentencia Civil*, cit., p. 381; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 28.

(22) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, cit., p. 28; COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 59.

(23) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, cit., p. 59.

(24) **Artículo 349°.- Contenido.**

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;

Fundamentar las decisiones del Ministerio Público, en cualquiera de los requerimientos que el ordenamiento jurídico le reconoce, supone presentar razones y elementos de convicción en los que se fundamentan⁽²⁵⁾. La motivación específica implica la necesidad de separar los aspectos de la decisión⁽²⁶⁾: los hechos, la calificación jurídica y la evidencia en que sustenta sus pedidos.

La Corte Suprema de Justicia en un precedente vinculante ha fijado justamente la obligación constitucional de motivar las decisiones fiscales, reconociendo la posibilidad de que el órgano jurisdiccional superior declare nulo el procedimiento penal. Así lo ha establecido en la **Queja N° 1678-2006** del 13 de abril de 2007, al señalar que “es posible –asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto– una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho

-
- b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
 - c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
 - d) La participación que se atribuya al imputado;
 - e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
 - f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
 - g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
 - h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

(25) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit., p. 275; AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso”, en: *Temas de Derecho Procesal* [Contemporáneos], cit., p. 206.

(26) Cfr. AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso”, en: *Temas de Derecho Procesal* [Contemporáneos], cit., p. 206; CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit., p. 275.

a prueba de la parte civil –que integra la garantía constitucional de defensa procesal– o la **decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal** y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción [...]”.

Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el derecho al debido proceso comprende una serie de derechos fundamentales de orden procesal, cada uno de los cuales cuenta con un contenido constitucionalmente protegido que le es propio. De ello puede desprenderse que uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso, es el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. Este se constituye en una garantía del denunciante del ilícito penal frente a la arbitrariedad fiscal, que garantiza que las resoluciones fiscales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados fiscales, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. Asimismo, obliga a los magistrados fiscales a resolver la pretensión de la parte denunciante de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate fiscal. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestada la pretensión penal, o el desviar la decisión del marco del debate fiscal generando indefensión, constituiría vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y también del derecho a la motivación de las resoluciones fiscales⁽²⁷⁾.

Queda claro, entonces, que los diversos actos decisorios del Ministerio Público, llámese apertura de investigación fiscal, denuncia, resoluciones de archivo, los dictámenes, la acusación, el requerimiento no acusatorio deben cumplir con el mandato de motivación regulado en el artículo 139°, inc. 5, de la Constitución. La actividad

(27) Exp. N° 03379-2010-PA/TC, caso: Patricia del Carmen Velasco Sáenz; Exp. N° 01321-2010-PA/TC, caso: Florencio Jesús Navarro Sánchez.

del Ministerio Público no solo es un acto de poder o de voluntad incondicional que configura determinadas situaciones legales⁽²⁸⁾.

Sin embargo, la afirmación de que los diversos actos del Ministerio Público en el campo penal deben cumplir con el mandato constitucional de motivar las resoluciones judiciales resulta ser sumamente genérica si es que no se especifica ni concreta de manera detallada en qué consiste dicho deber y fundamentalmente en qué clase de actos o resoluciones se debe manifestar. La obligación constitucional de motivar las resoluciones del Ministerio Público no es una obligación formal, una frase de cliché o un deber carente de contenido concreto. Por el contrario, representa una obligación específica que se actualiza y aplica a una serie de resoluciones de dicho ente constitucional autónomo. Veamos:

II) LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN FISCAL

1. El inicio de la investigación preliminar por parte del Ministerio Público debe constar en una disposición motivada, tanto que la investigación se lleve a cabo con el antiguo modelo procesal o con el nuevo sistema procesal penal. La regla que rige en este ámbito es que todo inicio de investigación fiscal e indagación acerca de la comisión de un delito, más aún si se dirige en contra de una persona, debe encontrarse motivada de manera adecuada.

El Ministerio Público en un Estado Constitucional, como toda clase de poder público y en su condición de organismo autónomo, está sometido al principio de interdicción de arbitrariedad⁽²⁹⁾. La fiscalía debe regir sus actuaciones en base al principio de razonabilidad; de

(28) Cfr. AROCENA, Gustavo, "De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso", en: *Temas de Derecho Procesal* [Contemporáneos], cit., p. 205.

(29) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, caso: Fernando Cantuarias Salaverry.

tal manera que su actividad debe tener sustento normativo y fáctico, sin incurrir en actos arbitrarios. Sus decisiones y actos, sobre todo los más relevantes, deben respetar esta máxima constitucional. Ello quiere decir que en toda su actividad –más aún si goza de facultades discrecionales– debe erradicar la ejecución de cualquier acto arbitrario. El principio de *interdicción de la arbitrariedad* se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado a esta institución del Estado⁽³⁰⁾.

La vigencia del principio de interdicción de arbitrariedad en los actos del Ministerio Público se extiende también a la fase inicial de su actividad, en especial y en concreto, cuando se le informa por cualquier medio o conducto acerca de la posible comisión de un hecho delictivo y sobre esta base (*notitia criminis*) decide abrir (o no) investigación fiscal. En efecto, puede ser un acto arbitrario el hecho de que el Ministerio público decida abrir investigación, más aún si

(30) Véase, la STC recaída en el Exp. 3987-2010, caso: Alfredo Sánchez Miranda y otros (voto en minoría de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda); Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC, Exp. N° 02527-2009-PHC/TC, caso: Wilber Nilo Medina Bárcena; Exp. N° 01497-2011-PHC/TC, caso: Rayda Francisca Mendoza Sánchez y otro; Exp. N° 02804-2008-PHC/TC, caso: Martín Francisco Coronado Ríos; Exp. N° 02938-2011-PHC/TC, caso: Edwin Hernán Medina Latorre; Exp. N° 00944-2011-PHC/TC, caso: Hernán Abelardo Molina Trujillo; Exp. N° 04226-2010-PHC/TC, caso: Rosa Alicia Baca Quiroz; Exp. N° 01776-2011-PHC/TC, caso: William Pedro Santos Enrique; Exp. N° 03941-2011-PHC/TC, caso: Julio César Flores Camargo; Exp. N° 03223-2011-PHC/TC, caso: Ananías Wilder Narro Culque; Exp. N° 00346-2011-PHC/TC, caso: Héctor Félix Estrada Paredes; Exp. N° 04261-2010-PHC/TC, caso: Edith Vilma Huamán Quispe; Exp. N° 02959-2011-PHC/TC, caso: Ana Cecilia Hurtado Huaila a favor de Carlos José Torres Llosa Espinosa; Exp. N° 2376-2011-PHC/TC, caso: Pablo Vicente Flores Tiznado; Exp. N° 1856-2011-PHC/TC, caso: Roberto Sicha Quispe; Exp. N° 00485-2011-PHC/TC, caso: Claver Florencio Acosta y Rodríguez; Exp. N° 03148-2011-PHC/TC, caso: Ricardo Aranera Miranda; Exp. N° 02596-2011-PHC/TC, caso: Víctor Manuel Arcos Uribe; Exp. N° 01464-2011-PHC/TC, caso: Abel Antonio Sánchez Chacón; Exp. N° 02633-2011-PHC/TC, caso: Joran Andreas Petrus Van Der Sloot; Exp. N° 01404-2010-PHC/TC, caso: Alberto Manuel Lozada Frías y otra.

este órgano constitucional no cumple con aportar razones objetivas, válidas o razonables y con base empírica que sustenten objetivamente su decisión. También puede ser un acto arbitrario el denegar el inicio de una investigación fiscal.

El inicio de la investigación preliminar por parte del Ministerio público a fin de evitar la violación al principio de interdicción de arbitrariedad exige que: i) debe haber una evidencia mínima de la comisión de un delito; iii) de ser el caso debe haber sospecha razonable que una persona lo cometió; iii) el hecho que se pretende investigar y dirigir contra él una serie de pesquisas y averiguaciones debe tener relevancia jurídico penal, es decir, debe tratarse de un hecho que al tiempo de su comisión se considere como una infracción penal por la ley penal.

2. Si bien no todo inicio de las diligencias preliminares (art. 330° del NCPP⁽³¹⁾) implica un acto de imputación, ya que puede indagarse un hecho sin que se haya determinado aún el autor o partícipe de la comisión de un delito, normalmente ocurre que hay coincidencia entre el inicio de las diligencias preliminares y la fijación de una imputación inicial como (posible) interviniente en un hecho.

(31) La Casación N° 14-2010 (La Libertad) de fecha 05 de Julio del 2011 ha sentado la doctrina que: "Las diligencias preliminares es una fase pre- jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria; en ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito –sea de oficio o por la parte denunciante– tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal; que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: i) si el hecho denunciado es delito, ii) si se ha individualizado a su presunto autor, y iii) si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es, los elementos de prueba que por su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal".

Por tal razón, el deber de motivar el inicio de la investigación preliminar se conecta con una de las exigencias más importantes derivadas del respeto al Estado de Derecho y de las garantías constitucionales como es el derecho fundamental a ser informado de la imputación que tiene todo ciudadano (art. 139° inc. 14 de la Const. y el art. 8°.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El derecho a ser informado de la imputación permite en un Estado de Derecho viabilizar y concretar el ejercicio del derecho de defensa, contenido esencial del debido proceso y de la tutela judicial efectiva (art. 139° inc. 3 de la Const.). Lo que legitima y brinda sentido constitucional al derecho a ser informado de la imputación es el permitir el ejercicio del derecho de defensa, pues nadie se puede defender de algo (imputación) que no conoce; o lo que es lo mismo ningún ciudadano puede oponer resistencia legítima y defenderse si la imputación no se hace explícita o si la misma no es clara, detallada o suficiente. En efecto, sin el derecho a ser informado de la imputación sería imposible conocer los cargos, plantear una estrategia defensiva, tener un tiempo para preparar y articular la defensa y llegar a contradecir o refutar los cargos planteados en contra de un ciudadano.

Pese a que la Constitución peruana (art. 139°.15) establece que una persona debe ser informada de las razones de su detención y con ello parece sostener (literalmente) que dicha obligación solo nace con la privación de la libertad de una persona, dicha posición no es de recibo por dos razones. En primer lugar, si bien se hace referencia a garantizar los derechos de las personas detenidas dicha alocución debe interpretarse de manera general como dirigida a toda persona imputada, haya o no sido detenida⁽³²⁾. El ejercicio de ciertas garantías

(32) El Tribunal Constitucional del Perú en las sentencias recaídas en los Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, caso: Jeffrey Immelt; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, caso: Nelson Jacob Gurman: "Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma desconocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo".

constitucionales y en específico del derecho a ser informado de la acusación no presupone que la persona se encuentre privada de su libertad. En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Barreto Leyva versus Venezuela de fecha 17 de noviembre del 2009 ha señalado que: *“No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa”*. En tal sentido, el derecho a ser informado de la acusación debe ser entendido en un sentido amplio, no necesariamente técnico.

El derecho a ser informado de la imputación despliega una serie de consecuencias en la órbita de la investigación del delito (y el proceso penal) como en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. En primer lugar, la información de la imputación determina el tratamiento bien como imputado (autor o partícipe del hecho) o bien como testigo. En efecto, la vigencia del derecho a ser informado de la imputación arrastra la fijación de la situación jurídica dentro de la investigación criminal y el proceso penal en calidad de procesado, o en general, de imputado⁽³³⁾. Lo que distingue en buena cuenta la posición que una

La sentencia recaída en el Exp. N° 315 - 2004 - HC expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima en la investigación preliminar ha señalado que: “Partiendo, pues, de su consideración como garantía inexcusable a la efectividad de la defensa puede afirmarse que, aun cuando el artículo ciento treintinueve inciso catorce de la Carta Fundamental no contenga expresamente el reconocimiento a toda persona del derecho a conocer de la acusación formulada, en tanto que solamente prescribe el ser “informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de la detención”, debe deducirse de una interpretación sistemática con los postulados del debido proceso previstos por la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud a la obligatoriedad de incluir dicha normatividad como complemento del sistema de leyes Interno; más aún, porque debe entenderse referido a la imputación, por ser ése el instante, y no el ulterior en el que se lleva a cabo formalmente la acusación, el que marca el nacimiento de la facultad de ejercitar plenamente la defensa”.

(33) La CIDH en el caso Barreto Leyva versus Venezuela ha precisado que: “Tomando en cuenta dicha normativa, la Corte considera razonable el argumento

persona ocupa dentro del proceso es justamente la información de la imputación y el que se corra traslado de los cargos. En segundo lugar, la condición de imputado, una vez que se comunican los cargos, genera el nacimiento de la obligación de cumplir con ciertos derechos fundamentales que son a su vez deberes de información que se deben respetar en el seno de la investigación fiscal o el proceso penal v. gr. el derecho a guardar silencio, el derecho a contar con un abogado defensor⁽³⁴⁾.

3. La jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de reconocer la obligación de motivar las resoluciones fiscales en la apertura de la investigación del Ministerio Público (diligencias preliminares) en un caso muy comentado en el que la máxima autoridad del Ministerio Público, como es la Fiscal de la Nación (Dra. Gladys Echaiz Ramos), abrió diligencias preliminares sobre la base de una información periodística por la supuesta comisión de un delito de enriquecimiento ilícito contra un magistrado (Dr. César Hinostroza Pariachi) que en ese momento se encontraba postulando al cargo de Fiscal Supremo y ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos consolidado ante el Consejo Nacional de la Magistratura.

Los hechos por los que la Fiscalía de la Nación abrió investigación preliminar (Disposición Fiscal N° 01-20 11-MP-FN de fecha 24 de enero de 2011 en el caso N° 013-2011) contra el magistrado se basaron en un reportaje de la revista "Caretas" que en su edición del 20 de Enero del 2011 informó de que el Juez superior Hinostroza

de la Comisión que sostiene que si el señor Barreto Leiva hubiese comparecido como testigo, se le habría tomado el juramento que por ley se debe tomar a todos los testigos, y que el hecho de haberle informado de la garantía de no autoincriminarse es una muestra más de que en realidad estaba siendo investigado. Además, se constata que las prevenciones que se le hicieron al señor Barreto Leiva son similares a las que se hicieron a otras personas investigadas en el mismo caso –que posteriormente fueron condenadas– y muy distintas a las que se realizaron a quienes claramente actuaron como testigos".

(34) Ampliamente, CLAUS, Roxin, "Autoincriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales", en: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 87 y ss.

Pariachi, entonces postulante a Fiscal supremo, habría cometido dos hechos graves: i) Que patrocinó como abogado defensor al ciudadano chino Ke Jiang Wang, en una manifestación policial del 31 de Agosto de 2001 a raíz de una investigación que se le seguía por Tráfico ilícito de drogas, extendiendo su defensa hasta el año 2005, luego en el año 2007 conoció un proceso penal seguido contra dicho personaje, donde no se inhibió del caso a pesar de haber sido su abogado defensor años atrás, además, que había anulado la sentencia de 18 años de pena privativa de libertad que le había impuesto una Sala Penal del Callao, ordenando un nuevo juicio oral, así como lo liberó y dictó arresto domiciliario. Dicho ciudadano chino luego fugó del país; y, ii) El año 2003 adquirió un inmueble ubicado en calle Terr 15840, N° 146, en Miami Beach-USA, por el precio de \$ 180,900.00, luego de haber prestado servicios profesionales al mencionado ciudadano chino⁽³⁵⁾.

El Juez superior Hinostroza Pariachi interpuso una acción constitucional de habeas corpus en el que cuestionaba de manera directa la disposición de la Fiscalía de la Nación de abrir investigación preliminar. Los agravios y violaciones constitucionales que alega fueron tres: i) La infracción al principio-derecho de legalidad penal material debido a que se abrió investigación por un hecho atípico, por cuanto en la

(35) En la disposición de la Fiscalía de la Nación se da cuenta que: "El Informe periodístico difundido por la revista 'Caretas', edición N° 2164, de fecha 20 de enero del año presente año, bajo el título 'Clientes supremos', por el cual se le atribuye al magistrado del Poder Judicial, doctor César José Hinostroza Pariachi, la adquisición junto con su cónyuge Gloria Gutiérrez, de un inmueble ubicado en los Estados Unidos de América, sito en la residencial Milon Venture calle Terr 15840, N° 146, Miami Beach, en la suma de US\$ 180.900.00 Dólares Americanos; así como también el haber conocido durante su desempeño como Juez Superior en la Corte Superior de Justicia del Callao, el proceso seguido contra el ciudadano chino Ke Jiang Wang, procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas, respecto de quien habría ejercido patrocinio legal durante una manifestación policial del 31 de agosto del 2001; situación a pesar de la cual, no se habría inhibido de conocer dicho caso, resolviendo por el contrario anular la condena que le había sido impuesta por una Sala Penal Superior del Callao, de 18 años de pena privativa de la libertad, ordenando la realización de un nuevo juicio oral, lo que habría dado lugar a la excarcelación del indicado ciudadano chino, quien finalmente, habría fugado del país".

fecha que compró un inmueble, no laboraba en el Poder Judicial, sino se dedicaba al ejercicio libre de la profesión de abogado, por lo que no era funcionario público, no teniendo la calidad de sujeto activo para ser pasible de investigación fiscal toda vez que la norma sustantiva (artículo 401° del Código Penal), exige que el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones; ii) La infracción al derecho al debido proceso, en su vertiente de la debida motivación de las resoluciones fiscales en atención de que la Disposición Fiscal dictada por la demandada no se encontraba debidamente motivada, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, incidiendo en la motivación aparente o inexistente, falta de motivación interna del razonamiento, en su vertiente de incoherencia narrativa, motivación incongruente, y deficiencia en la motivación externa; iii) La garantía del derecho de defensa, en su vertiente de imputación necesaria habida cuenta de que la Disposición Fiscal le generó un estado de indefensión por cuanto no se ha fijado qué actividades ilícitas habría cometido en el ejercicio de la función pública desde el 2004 hasta el 2010 y no se ha hecho referencia a algún incremento patrimonial injustificado durante dicho ejercicio, lo que imposibilita poder ejercer su defensa y contradicción al no saber qué controvertir ni contra qué ejercer actividad probatoria de descargo.

La demanda de habeas corpus fue declarada fundada tanto en primera instancia como en segunda instancia, anulándose la disposición fiscal que abrió la diligencia preliminar en su contra.

La sentencia de habeas corpus, respecto a la compra del bien inmueble en la ciudad de Miami y su posible relación con la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, destaca que la disposición fiscal adolece de motivación adecuada debido a que su quinto considerando se limita a citar el artículo 41° de la Constitución, el artículo 66°, inciso 3, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sobre las atribuciones de la Fiscal de la Nación, y luego hace referencia al delito de Enriquecimiento Ilícito previsto en el artículo 401° del Código Penal, pero sin realizar de modo alguno una fundamentación jurídica, en el sentido de por qué el demandante resulta ser sujeto activo de dicho ilícito y por tanto pasible de soportar una investigación fiscal, cuan-

do está demostrado que no laboraba en el Poder Judicial en la fecha que se adquirió el inmueble mencionado, como tampoco se precisa cuáles son los actos que constituiría el incremento de patrimonio del investigado, durante el ejercicio de sus funciones tanto antes del cese inconstitucional de su condición de magistrado (1993) como luego de reasumir la función jurisdiccional en el año 2005. La sentencia constitucional remarca el hecho de que: i) el demandante compró el inmueble de los Estados Unidos de Norteamérica el 01 de Agosto del año 2002, cuando no trabajaba en el Poder Judicial; y, ii) El demandante declaró el inmueble antes mencionado ante la Oficina de Control de la Magistratura, en sus declaraciones juradas de bienes y rentas correspondientes a los años 2004 al 2010.

Por otro lado, frente a la afirmación efectuada en el sexto considerando de la disposición fiscal que sostiene: “de la indicada información periodística se desprenden datos indiciarios sobre un presunto incremento patrimonial no justificado del magistrado César Hinostroza Pariachi, que estarían vinculados con su actuación funcional, lo cual hace necesario se realice una investigación a efecto de determinar la existencia o no de actos de incorporación de bienes a su esfera de dominio tanto personal como de su entorno familiar que pudieron haberse producido en el curso de los diez años anteriores a la fecha” la Sala constitucional razona que: “Este considerando ya no se refiere al inmueble adquirido por el demandante sino a ‘otros datos indiciarios’ que fluyen de la publicación periodística, sobre un presunto incremento patrimonial no justificado del demandante, sin embargo, del tenor de la publicación mencionada no se aprecia otros datos indiciarios, simplemente se menciona el inmueble de los Estados Unidos de América, en todo caso, la Fiscal demandada no ha precisado cuáles son estos ‘datos indiciarios’ que justifican investigar diez años de la vida personal del demandante y su familia, y al no haberse mencionado obviamente se ha incurrido en falta de motivación que lo convierte en inconstitucional”.

La justicia constitucional sobre la base de la información documental aportada por el demandante Hinostroza Pariachi razonó respecto al cargo de que habría defendido al ciudadano Ke Jiang Wang, patrocinándolo hasta el año 2005 y luego en el año 2007 conoció un

proceso penal seguido contra dicho personaje que: i) El demandante no anuló la Sentencia del ciudadano chino Ke Jiang Wang; ii) El demandante no liberó ni ordenó el arresto domiciliario a favor de dicha persona; iii) El demandante se abstuvo del conocimiento del proceso penal seguido a Ke Jiang Wang, habiéndose aceptado su abstención la Primera Sala Penal del Callao. La sentencia constitucional toma en cuenta, además, para declarar fundada la demanda que la disposición fiscal decretada por la Fiscalía de la Nación agrega y asume nuevos hechos, más allá de lo precisado en el reportaje de la revista “Caretas” que resultan abiertamente falsos⁽³⁶⁾. Posteriormente, el Tribunal constitucional reconoció que el hecho de ejercer la defensa de un ciudadano chino involucrado en un caso de tráfico ilícito de drogas constituye un acto regular que se encuentra en el ámbito del ejercicio de un derecho⁽³⁷⁾ (v. gr. ejercicio libre de la defensa).

(36) El Fundamento 38 de la sentencia dictada por la Tercera Sala penal del Callao sostiene: “la Disposición Fiscal N° 01-2011-MP-FN-EI, cuya copia obra de fojas 34 a 35, observamos que el tercer considerando se remite a la publicación periodística, haciendo referencia a un hecho falso, por cuanto afirma que el demandante como Presidente de la Segunda Sala Penal del Callao, conoció del proceso penal seguido contra su ex patrocinado Jiang Wang, resolviendo declarar ‘nula la Sentencia de 18 años impuesta contra Jiang Wang y Hu Wang, y disponiendo se realice nuevo juicio’, cuando ya hemos mencionado en el fundamento 11 que el demandante no anuló la mencionada Sentencia, sino lo hizo el 16 Juzgado Penal de Lima; en el mismo considerando, la Fiscal demandada colocando entre paréntesis afirma lo siguiente ‘Estando a su contenido debe entenderse, que la Sentencia de la Sala presidida por el Dr. Hinostroza fue absolutorio y la Nulidad de la misma fue declarada por la Corte Suprema, que a su vez dispuso se realice nuevo juicio oral’. La Fiscal en referencia, realiza una afirmación sin sustento fáctico alguno por cuanto no lo dice la Revista ‘Caretas’, coligiéndose que se trata de una apreciación subjetiva para justificar la apertura de investigación fiscal contra el demandante, por lo que estando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estamos ante una motivación aparente o inexistente, conforme lo ha considerado el Ad quo en el fundamento vigésimo cuarto del fallo apelado, no habiendo sido cuestionado este fundamento en el recurso de apelación del defensor de la demandad”.

(37) El Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del proceso de amparo presentado por el magistrado Hinostroza Pariachi contra el Consejo Nacional de la Magistratura (Exp. N° 03891-2011-PA/TC) recordó que: “En cuanto al

Asimismo, la justicia constitucional advirtió que el cuarto considerando de la Disposición Fiscal, que se remite a la publicación periodística, afirma que *“el demandante habría adquirido un inmueble ubicado en la Ciudad de Miami, adquisición que atendiendo a lo glosado habría estado precedida por su desempeño al interior de la Administración Pública, y, a su vez por el patrocinio ejercido a favor del ciudadano chino Jiang Wang, involucrado en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en cuyos procesos intervino posteriormente en su condición de Juez de la Corte Superior de Justicia del Callao”*; lo cual demuestra que la disposición fiscal habría incurrido en una motivación contradictoria e ilógica (afectación al principio lógico de no contradicción) y, además, adolece de falta de motivación interna del razonamiento por

hecho de haber intervenido como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, también se advierte de autos algunas cuestiones.

37. Así, de la transcripción de la entrevista ante el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura realizada por el notario Orlando Malca Pérez se aprecia que se consultó al actor sobre el particular, manifestando que lo asistió, pero solo en la manifestación policial, como también se le preguntó si una vez reincorporado a la Corte Superior de Justicia del Callao habría conocido y se habría rehusado a abstenerse o inhibirse del conocimiento del proceso seguido al referido ciudadano chino del que fue su abogado y, si había anulado una sentencia. Consta en la misma transcripción que el actor se abstuvo de conocer el proceso, que no tuvo participación alguna, y que fue la Segunda Sala la que le otorgó el arresto domiciliario en cumplimiento de una sentencia de hábeas corpus dictada por el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Penal.

38. Por tanto, respecto de dicho cuestionamiento queda claro —a decir de lo consignado durante la entrevista oral, de la que fluye que las afirmaciones del actor fueron corroboradas por el Consejo Nacional de la Magistratura con las piezas procesales pertinentes— que no sólo no representaba irregularidad alguna, en tanto el actor no tuvo participación en el posterior proceso penal en el que estuvo involucrado el antes mencionado ciudadano chino, sino que además, se encontraba ejerciendo su derecho al libre ejercicio de la profesión que forma parte del contenido del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 2°.15 de la Constitución, y que como tal, garantiza que una persona pueda ejercer libremente la profesión para la cual se ha formado, como un medio de realización personal y, además, contribuye a garantizar el derecho fundamental de defensa de los justiciables a través de su patrocinio en el proceso”.

contener una narración incoherente, por cuanto no puede afirmarse que el inmueble se haya comprado cuando el demandante laboraba en la Administración Pública y a su vez cuando patrocinaba al ciudadano chino Jiang Wang, porque se tratan de hechos excluyentes.

Finalmente, frente a la violación al principio de imputación necesaria la sentencia constitucional precisó que la infracción constitucional surge del sexto considerando de la Disposición Fiscal, que hace alusión a datos indiciarios sobre un presunto incremento patrimonial no justificado del demandante, para investigarlo por delito de Enriquecimiento Ilícito y averiguar qué bienes ha incorporado a su dominio y a su entorno familiar durante los últimos diez años. La sentencia destaca que la disposición fiscal no precisa tales datos, no los señala, no los detalla, en suma no hace referencia a ninguno en concreto, no apreciándose por lo demás ningún dato indiciario al respecto de la anotada publicación periodística. Se recuerda que conforme a lo dispuesto en el artículo 401°, último párrafo, del Código Penal, se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio personal del funcionario público, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de, sus ingresos lícitos. Este incremento patrimonial debe ser justificado razonablemente por el presunto autor, conforme lo prescribe el primer párrafo de la norma sustantiva. En este sentido, si un Fiscal abre investigación por dicho delito, obviamente, debe tener a la vista ese indicio, o sea, el hecho concreto del incremento patrimonial y luego durante la investigación determinar si se justifica o no con los ingresos lícitos del investigado, más no puede abrir investigación sin precisar ningún indicio o ningún incremento patrimonial. Se abre investigación cuando ya se tiene el indicio del incremento patrimonial y precisamente éste es el cargo que se comunica al investigado para que pueda ejercer su derecho de defensa, de contradicción y de ofrecimiento de prueba, entre otras variantes. Al no haber actuado así la Fiscal demandada, se ha vulnerado el derecho de defensa del demandante, en su vertiente de imputación necesaria

La sentencia constitucional si bien reconoce la posibilidad de que se abra diligencias preliminares sobre la base de una información periodística destaca que primero se debió recabar y solicitar la información

necesaria a la revista Caretas por lo que no había necesidad de actuar con celeridad y abrir diligencia preliminar de la manera tan rápida e inusitada cómo se hizo comunicando, además, dicho acto de apertura (inicio de investigación) al Consejo Nacional de la Magistratura⁽³⁸⁾. Si bien consideramos que en algunos casos es razonable proceder a iniciar una investigación fiscal (v. gr. diligencias preliminares) con base en una información periodística es lamentable que se infrinja un principio elemental de toda investigación fiscal como es el de reserva de la investigación (art. 324° del NCPP), más aún si se lleva a cabo por la máxima autoridad del Ministerio Público, al comunicar de oficio el inicio de investigación a otra entidad pública (Consejo Nacional de la Magistratura) que ni requirió la información del inicio de la investigación fiscal, ni fue la parte denunciante o que informó los hechos a la Fiscalía de la Nación para la investigación correspondiente.

Creemos, que una actuación extrañamente rápida e inmediata por parte de la Fiscalía de la Nación de esa época debía haberse acompaña-

(38) El fundamento 45 de la sentencia aludida destaca: "El argumento del apelante de que la Sentencia apelada pretende crear una etapa previa a la investigación preliminar, cuando afirma que la Disposición Fiscal se basa exclusivamente en una información periodística no cruzada ni verificada al más mínimo sobre su autenticidad, lo que resulta un "despropósito jurídico", no es de recibo, toda vez que una acción previa o verificación de la 'notitia criminis' antes de formalizar una investigación fiscal, hubiera constituido más bien un acto razonable y prudente, obviamente dependerá del presunto delito cometido, acción que no podría realizarse por ejemplo ante la muerte violenta de una persona, pero en otros supuestos más bien es aconsejable sobre todo cuando se trata de informaciones periodísticas. En el caso sub materia, no se halla justificado en modo alguno el apuro en abrir investigación fiscal contra el demandante, si se tiene en cuenta que la publicación de 'Caretas' se produjo el 20 de Enero y la Disposición Fiscal se dictó a los 4 días, o sea, el 24 del mismo mes. La pregunta que debemos hacer es ¿Cuál era la urgencia de abrir investigación fiscal contra el demandante?, ¿Por qué no se pidió previamente a 'Caretas' que remitan los documentos que sustentaban la información, para evitar lo que ocurrió con el tercer considerando de la Disposición Fiscal?, ¿Los Fiscales abren investigación tan pronto como los medios de comunicación dan cuenta diariamente la comisión de delitos de diversa índole? Las respuestas a estas interrogantes están pues en manos de los Fiscales, pero lo cierto es que pedir una información previa a la fuente de información no constituye algo ilegal sino más bien plausible y razonable".

do de la solicitud previa tanto al Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura de las declaraciones juradas de bienes y rentas del magistrado Hinostroza Pariachi a fin de verificar de si luego de su reingreso a la Magistratura y durante su tiempo de servicios había cumplido con declarar la adquisición de la casa de Miami⁽³⁹⁾.

(39) El Tribunal Constitucional del Perú cuando conoció la demanda de amparo presentada por el magistrado Hinostroza Pariachi contra el Consejo Nacional de la Magistratura y que fue declarada fundada (Exp. N° 03891-2011-PA/TC) advirtió sobre el cuestionamiento a la propiedad inmueble de la ciudad de Miami que: “En cuanto al hecho de haber adquirido un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que supondría la comisión del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, varias son las cuestiones que se advierten de autos.

32. En primer lugar, que el recurrente presentó ante la Oficina de Control de la Magistratura, durante los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 las correspondientes Declaraciones Juradas de Bienes, Ingresos y Rentas, en las que consta la adquisición del referido inmueble, así como la forma en que ello ocurrió –mediante crédito hipotecario a 30 años y cuando estaba fuera del Poder Judicial–, y el valor del autovalúo, de acuerdo a los documentos obrantes en el cuadernillo de este Colegiado. Asimismo, en el aparatado de acreencias y obligaciones aparece el correspondiente préstamo hipotecario a favor del “World Saving Bank”.

33. De otro lado, durante la entrevista ante el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, cuya transcripción realizada por el notario Orlando Malca Pérez corre a fojas 35 y siguientes de autos, se aprecia que también se le cuestionó la compra del aludido inmueble en el extranjero, a lo que el actor respondió que en el año 2002, estando fuera del Poder Judicial, pagó una cuota inicial en varias fechas (1 de agosto y 1 de octubre de 2002 y, 1 de febrero de 2003), para luego adquirir un préstamo hipotecario en el World Saving Bank a 30 años. Manifiesta, además, y ante la pregunta de cuáles fueron, esencialmente, sus fuentes de financiamiento aparte del crédito hipotecario, que el 11 de setiembre de 1998 recibió la suma de S/. 94,388 nuevos soles por conceptos de remuneraciones dejadas de percibir a raíz de su cese inconstitucional ocurrido en el año 1992 y que se prolongó al año 1995, fruto de un proceso de amparo en el que obtuvo sentencia estimatoria a su favor.

34. Aparece en autos además, que mediante la Resolución N° 006-2005-PCNM, del 24 de febrero de 2005, el actor fue ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura en el cargo de Vocal Superior del Distrito Judicial de Loreto, trasladado al Distrito Judicial del Callao, resolución en la que consta que

III. EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES DE ARCHIVO DE DENUNCIA

1. El TC peruano ha señalado que: “El hecho de que se le exija una motivación adecuada y coherente a las resoluciones del Ministerio Público no implica en modo alguno que se le pueda compeler a formalizar una denuncia”⁽⁴⁰⁾. En dicha línea, el máximo intérprete de la Constitución ha sostenido además: “el control y análisis de si una resolución de la etapa prejurisdiccional de una investigación afecta o no derechos constitucionales no está sustraído al objeto del proceso de amparo. La declaración de no haber lugar a una denuncia penal puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°, inc. 3) si resulta arbitraria o si deniega de manera evidentemente arbitraria una denuncia penal, pues sin ella el denunciante no podrá ver instada su pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal. Lo mismo puede suceder si la resolución no valora los medios probatorios ofrecidos por el denunciante o cuando la resolución contraría el imperativo de motivación o su motivación resulta meramente aparente o manifiestamente arbitraria. La descripción de estos supuestos, nombrados solo de modo enunciativo, demuestra que una resolución desestimatoria de una denuncia penal puede afectar derechos constitucionales”⁽⁴¹⁾.

cumplió con presentar sus declaraciones juradas de bienes y rentas para sustentar su patrimonio.

35. Lo antes expuesto evidencia que, por lo menos desde el año 2005, para el Consejo Nacional de la Magistratura era un hecho conocido la existencia del inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual constituye un hecho lícito y amparado en la Norma Fundamental que garantiza el derecho de propiedad, y que su legitimidad, a decir de los documentos obrantes en autos, y que, evidentemente, el Consejo Nacional de la Magistratura tuvo a la vista, no estaba en discusión, de manera que sustentar el cuestionado acuerdo de no nombramiento en la adquisición del aludido inmueble constituye un hecho que atenta contra el derecho a la debida motivación.”

(40) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 01407-2007-PA/TC, caso: Intendencia de Aduana de Tacna.

(41) Véase, la sentencia del Exp. N° 04777-2007-PA/TC, caso: Inmobiliaria e Inversiones San Luis S.A.; de modo semejante: Exp. N° 2518-2005-PHC, caso: Carmen Elena Puelles Huamán.

Dicha doctrina ha sido reiterada y afirmada por el TC peruano al sostener que “como ya lo ha establecido en su jurisprudencia, el control y análisis de si una resolución de la etapa prejurisdiccional de una investigación afecta o no derechos constitucionales no está sustraído al objeto del proceso de amparo. En este sentido, la no aceptación de una denuncia penal puede afectar el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°, inc. 3) si resulta arbitraria, pues sin ella el denunciante no podrá ver instada su pretensión ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal. Lo mismo puede suceder si la resolución no valora los medios probatorios ofrecidos por el denunciante o cuando la resolución contraría el imperativo de motivación o su motivación resulta meramente aparente o manifiestamente arbitraria. La descripción de estos supuestos, nombrados solo de modo enunciativo, demuestra que una resolución desestimatoria de una denuncia penal y otra que, a su vez, rechaza la apelación correspondiente, pueden afectar derechos constitucionales”⁽⁴²⁾.

2. El TC ha reconocido que la vía idónea y adecuada para discutir la compatibilidad constitucional del archivo de la investigación fiscal es la acción de amparo en donde se puede debatir si existe violación del deber de motivar las resoluciones fiscales⁽⁴³⁾. Sostiene que en el análisis de la constitucionalidad de la resolución de archivo debe valorarse si se trata o no de decisiones manifiestamente arbitrarias y sin ningún sustento fáctico o jurídico, o abiertamente irrazonables⁽⁴⁴⁾.

(42) Exp. N° 6484-2008-PA/TC, caso: Carlos Guffanti Medina; Exp. N° 06653-2008-PA/TC, caso: José Martín Chávez García.

(43) Exp. N° 02483-2011-PA/TC, caso: Marino Huayhua Quispe; Exp. N° 06653-2008-PA/TC, caso: José Martín Chávez García; Exp. N° 02441-2011-PA/TC, caso: César Antonio Cabanillas Llave: “conviene señalar que de los autos se advierte que los fundamentos que respaldan la decisión de no formalizar investigación preparatoria (f. 32/35), y la de desestimar el recurso de queja de derecho (f. 40/46), se encuentran razonablemente expuestos en las disposiciones fiscales cuestionadas, de las cuales no se advierte un agravio manifiesto al derecho que invoca el recurrente, constituyendo por el contrario decisiones emitidas dentro del ámbito de las competencias asignadas por la Norma Constitucional, las mismas que fueron ejercidas razonablemente conforme a su Ley Orgánica, razón por la cual no corresponde evaluarlas mediante el proceso de amparo”.

(44) Exp. N° 03578-2011-PA/TC, caso: Graciela de Losada Marrou; Exp. N° 06201-2008-PA/TC, caso: Consorcio C&T Transportistas Asociados S.A.

IV. LA MAYOR CARGA DE FUNDAMENTACIÓN EN LOS CASOS DE REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL POR NUEVA EVIDENCIA

1. Uno de los problemas más interesantes que se presentan en la actividad de investigación del Ministerio Público es resolver los casos en los que luego que se dicta una resolución de archivo definitivo en primera instancia (fiscal provincial) o segunda instancia (fiscal superior), se presenta una nueva denuncia sobre la base de los mismos hechos (material fáctico) y que se dirige contra las mismas personas que fueron investigados con anterioridad. La problemática planteada tiene que ver directamente con dos institutos procesales: la cosa decidida y el *ne bis ídem* en las investigaciones del Ministerio Público.

2. La cosa decidida para algunos es una manifestación directa y específica de la garantía del *ne bis in ídem*. No se trata de un instituto distinto que está al margen de dicha garantía; de tal manera que sería un error considerar que el *ne bis in ídem* y cosa decidida se encuentran solo estrechamente relacionadas⁽⁴⁵⁾. Pese a ello, creemos que la cosa decidida fiscal es una institución autónoma, aunque estrechamente vinculada, a la vigencia de la garantía del *ne bis in ídem*, máxime si alude a la culminación de una determinada actividad (investigación preliminar) en la que se emite un determinado pronunciamiento (archivo de la denuncia) y se agotan los recursos previstos en el ordenamiento jurídico o se desiste de la interposición de los mismos. La cosa decidida fiscal se puede afectar al margen e independientemente de si existe una doble persecución penal; v. gr. se puede conceder un recurso de queja de manera extemporánea y luego de los plazos previstos por la ley (tres días).

Se sostiene que las resoluciones del Ministerio Público, dentro de su rol de investigación, asumen la modalidad de resoluciones de **cosa decidida**, recordando que “el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por

(45) Así, la sentencia recaída en el Exp. 1719-2007 de fecha 13 de noviembre de 2007, expedida por la Segunda Especializada Penal de Reos Libres de Lima.

lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente”(46). La cosa decidida despliega materialmente efectos de cosa juzgada(47); de tal manera que un acto administrativo que no es impugnado dentro del plazo adquiere la calidad de cosa decidida(48). El TC se ha referido a la cosa decidida al señalar que: “los derechos adquiridos (.....) no pueden ser desconocidos unilateralmente en sede administrativa, en forma unilateral y fuera de los plazos de ley, sino que, contra resoluciones firmes que constituyen cosa decidida, solo procede determinar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial”(49).

La jurisprudencia constitucional ordinaria ha tenido la oportunidad de conocer y resolver correctamente un caso en donde aplicó la garantía de la cosa decidida, sin que se afecte, directa o indirectamente, el *ne bis in ídem*.

Los hechos, en líneas generales, consistieron en que una fiscalía luego de llevar a cabo una investigación preliminar por delito de estafa decide archivar la denuncia de parte presentada. La resolución de archivo es notificada a las partes en especial a la empresa denunciante que había señalado un único domicilio procesal en la investigación. No había otro domicilio ni procesal ni personal. Luego de más de dos semanas de notificada la resolución de archivo la empresa agraviada subroga a la defensa técnica, señala nuevo domicilio procesal y solicita la expedición de copias certificadas de la resolución de archivo cuya existencia conocía. Una vez expedidas las copias certificadas de la resolución de archivo, la empresa denunciante presenta un recurso de queja como si recién y por primera vez se le estuviera notificando(50).

(46) Exp. N° 0413-2000-AA/TC, caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado; sentencia recaída en el Exp. 75-2008 de fecha 6 de noviembre de 2008, emitida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(47) Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.

(48) Exp. N° 02833-2006-PA/TC, caso: Milder Sidanelia Llamosas Lazo.

(49) Exp. N° 3147-2003-AA/TC, caso: Alberto Campos Delgadillo.

(50) No está de más recordar que una cosa es la notificación de la resolución de archivo de una denuncia (acto único e irrepetible, salvo error en la notificación

La fiscalía provincial concede el recurso de queja y eleva los actuados a la fiscalía superior, la cual declara fundada la queja y ordena la formalización de denuncia la misma que se produce abriendo, el juez penal, proceso con mandato de detención. Cuando se resuelve el recurso de apelación del habeas corpus, el proceso penal se encontraba en su fase final al haberse dictado un dictamen acusatorio.

Al respecto, la decisión en última instancia de la justicia constitucional señaló en este caso que “la Sala Constitucional considera que se ha vulnerado el debido proceso de manera concreta en la etapa prejurisdiccional cuya dirección funcional le correspondió a la demandada; es decir se ha sometido a revisión una decisión Fiscal, debidamente notificada en un domicilio procesal señalado –verificado por el juez constitucional–, ordenado por el Superior Jerárquico vía recurso de queja sin compulsar su condición de cosa decidida, que constituye intrínsecamente una garantía individual y que al instaurarse un proceso penal implícitamente se emanan medidas cautelares de índole personal, consideraciones de las cuales resulta amparable la demanda objeto de alzada⁽⁵¹⁾”. La demanda fue declarada fundada debido a que se violaba el principio de cosa decidida y el principio de legalidad, toda vez que el concesorio de la queja se llevó a cabo pese a que había transcurrido holgadamente y en exceso el tiempo para impugnar (tres días).

En otro pronunciamiento, la jurisprudencia ordinaria reconoció la vigencia de la cosa decidida señalando como su consecuencia directa

que genere indefensión a la parte notificada) y otra muy distinta es la solicitud de copias de la resolución de archivo que puede efectuarse en cualquier momento por el interesado (parte denunciante, investigado o un tercero). La entrega de copias certificadas no tiene ni el rango ni la condición legal de acto de notificación, pues, se trata de un acto contingente que solo se basa en el derecho de petición y el acceso a la información pública; mientras que la notificación de la resolución de archivo responde a un acto procesal indispensable y obligatorio que forma parte del debido proceso, del derecho de defensa y, en especial, garantiza el derecho al recurso.

(51) Véase, la resolución recaída en el 66-2007 (HC) expedida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

la prohibición de que otro representante del Ministerio Público abra una nueva investigación por los mismos hechos⁽⁵²⁾.

3. El TC peruano ha señalado que “en el ámbito penal, uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona. Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (*ne bis in ídem*). En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso”⁽⁵³⁾.

La jurisprudencia constitucional ordinaria ha precisado que “debe cuestionarse la posibilidad que contra una misma persona se le acepte el trámite de sendas denuncias de parte en diferentes momentos por el mismo hecho, sin importar que con anterioridad el Ministerio Público ya efectuó pronunciamiento en torno a la innecesariedad de ejercer la acción penal. Bajo este orden de precisiones, cabría sostener si estaríamos ante la vulneración del principio *ne bis in ídem* en su dimensión

(52) Véase, la sentencia recaída en el Exp. 1719-2007 de fecha 13 de noviembre de 2007, expedida por la Segunda Especializada Penal de Reos Libres de Lima: “En tal sentido, se ha vulnerado la cosa decidida porque el Ministerio Público ya archivó una investigación sobre la base de los mismos hechos materiales imputados; resolución que fue confirmada y que quedó consentida en última y definitiva instancia ante la Octava Fiscalía Superior Penal de Lima; investigación que el Fiscal Provincial demandado reabrió contra el señor Oscar Gonzáles Rocha por segunda vez, también por la comisión del delito de Apropiación Ilícita, y en base a la misma imputación, la supuesta apropiación de los certificados de acciones laborales correspondientes a la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 22333”.

(53) Exp. N° 4587-2004-HC/TC, caso: Santiago Martín Rivas.

procesal”⁽⁵⁴⁾. En este sentido, se señaló que “no puede sostenerse que en un Estado Democrático de Derecho se admita la posibilidad que contra una misma persona se articule denuncias penales de manera indefinida y permanente por el mismo hecho, lo contrario importa la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que la admisión de una nueva denuncia por hechos ya investigados, archivados o que se encuentran en investigación, conculca la prohibición de lo que el Derecho anglosajón denomina **double jeopardy**, y que no es otra cosa que evitar, no sólo el doble castigo por los mismos hechos, sino el riesgo de que le sea impuesto⁽⁵⁵⁾”. Este criterio se explicita luego de considerar que “si bien es derecho de todo ciudadano, interponer denuncias, es también de considerar que la constitución, proscribire el abuso del derecho; situación que se configura cuando la misma persona interpone denuncias simultáneas ante diversas fiscalías por el mismo hecho”⁽⁵⁶⁾.

La garantía constitucional del *ne bis in ídem* posee una dimensión material y una dimensión procesal.

En la **dimensión procesal**, que aquí interesa, dicho principio significa “**nadie puede ser juzgado (o investigado) dos veces por los mismos hechos**”, es decir, un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, se pretende evitar que se inicien dos procesos (o investigaciones) con el mismo objeto contrario a las garantías propias del Estado de Derecho⁽⁵⁷⁾. Se sostiene que esta garan-

(54) Véase, la sentencia del Exp. N° 315-2004/HC, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima.

(55) Véase, la sentencia del Exp. N° 315-2004/HC, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima.

(56) Véase, la sentencia del Exp. N° 315-2004-HC, expedida por la Primera Sala de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Lima.

(57) Exp. N° 2050-2002-AA/TC, caso: Carlos Israel Ramos Colque: “Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), ‘(...) El principio *ne bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de

tía impide: “por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el

procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado’ (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad”. También: Exp. 003-2005-PI/TC; Exp. N° 01813-2011-PHC/TC, caso: Miguel Ángel Dipas Vargas; Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela; Exp. N° 02048-2010-PHC/TC, caso: Larri Nalvarte Cuadros; Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, caso: Teodorico Bernabé Montoya; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC; Exp. N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso: Wilber Nilo Medina Bárcena; Exp. N° 6803-2006-PHC/TC, caso: Juan Manuel Brush Vargas; Exp. N° 05586-2008-PHC/TC, caso: Carlos Manuel Terán Molina; Exp. N° 03065-2010-PHC/TC, caso: César Augusto Espinoza Miranda y otros; Exp. N° 02727-2007-PHC/TC, caso: Marino Aguirre Morales; Exp. N° 01674-2010-PHC/TC, caso: Luis Martín Castro Ortega a favor de Luis Humberto Mejía Muñoz; Exp. N° 1670-2003-AA/TC, caso: José Santiago García Caballero; Exp. N° 03756-2010-PHC/TC, caso: Tania Alejandrina Bustamante Paredes a favor de Marisol Maribel Naveda Jáuregui; Exp. N° 10192-2006-PH/TC, caso: Luis Alfonso Rivera Gomero; Exp. N° 00021-2011-PHC/TC, caso: Hugo Miguel Foraquita Enríquez; Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, caso: Nelson Jacob Gurman; Exp. N° 1176-2003-AA/TC, caso: Julio Marreros Valles; Exp. N° 00614-2010-PHC/TC, caso: Marco Antonio Cárdenas Minaya y otro; Exp. N° 03753-2008-PHC/TC, caso: Osiris Feliciano Muñoz; Exp. 2930-2007-PHC/TC, caso: Víctor Dionisio Joy Way Rojas; Exp. N° 03846-2008-PHC/TC, caso: Audaz Baez Maquerhua; Exp. N° 02610-2010-PHC/TC, caso: Williams Jesús Carbajal Aquise; Exp. N° 2868-2004-AA/TC, caso: José Antonio Álvarez Rojas; Exp. N° 01487-2010-PHC/TC, caso: Abel Hallasi Zárate; Exp. N° 01415-2010-PHC/TC, caso: Elías Vily Carbajal; Exp. N° 4721-2007-PHC/TC, caso: Lilia Abdel Troncoso Assen de Joy Way; Exp. N° 01812-2008-PHC/TC, caso: Edgard Rolando Matos Chancos; Exp. N° 00044-2008-PHC/TC, caso: Vicente Eusebio Fernández Ramos y otros; Exp. N° 05543-2007-PHC/TC, caso: Ricardo Enrique Cavalier Ruiz; Exp. N° 02496-2009-PHC/TC, caso: José Mercedes Moreno Mío; Exp. N° 03394-2009-PHC/TC, caso: Carlos Manuel Sócrates Sandoval Blancas.

inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución”⁽⁵⁸⁾.

No es relevante si entre el nuevo proceso penal (o la nueva investigación fiscal) media una distinta (mejor o peor) calificación jurídica de los hechos. La correcta o incorrecta subsunción típica de la conducta no tiene relevancia alguna al momento de determinar la violación o no de la garantía al *ne bis in idem*. Lo decisivo y determinante es si existe identidad fáctica o si de la denuncia o del proceso penal puede inferirse un mismo marco fáctico⁽⁵⁹⁾; de allí que se vulnere

(58) Exp. N° 00021-2011-PHC/TC, caso: Hugo Miguel Foraquita Enríquez.

(59) Véase, la sentencia del Exp. 053-2008 de fecha 23 de julio de 2008, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel en donde se señala que “teniendo en cuenta lo expuesto, se tiene que no cabe duda que los dos procesos penales que se siguen contra el demandante constitucional Lorenzo Alejandro Víctor Sousa Debarbieri son los mismos en lo que a su persona se refieren, pues, independientemente de la adecuación típica que se haya realizado a su comportamiento en cada proceso, se tiene que ambos se refieren al cambio masivo de domicilio efectuado por cientos de personas al distrito de Machupicchu, y cuyo denominador común gira en el hecho de que los inmigrantes indicaban como nuevas direcciones algún inmueble perteneciente a aquel, e inclusive, en ambos procesos se señala que los inmigrantes eran convencidos básicamente con paseos turísticos al Santuario de Machupicchu, viajes en el ferrocarril de la empresa del demandante, empleos futuros, alimentación y también el pago de cierta suma de dinero; circunstancias que fue advertida por los integrantes de la Sala Mixta Itinerante-Cusco, al emitir pronunciamiento respecto de la excepción de naturaleza de acción planteada por el accionante, conforme obra de folios setenta y dos a setenta y seis, señalando en su octavo considerando “(...) Que, en consecuencia los hechos que han dado origen al presente proceso

el principio o derecho del *ne bis in ídem* procesal en la investigación fiscal si es que el Ministerio Público por segunda vez ha investigado (o pretende investigar) a la misma persona, por los mismos hechos y fundamentos, produciéndose la triple identidad⁽⁶⁰⁾. La nueva denuncia en la medida que parta de un mismo sustento fáctico puede ampliar o reducir la calificación jurídica de los hechos, subsumiéndolos en uno o varios delitos. No es relevante si los nuevos imputados pertenecen a la misma familia de delitos que los investigados anteriormente; o si comparten un semejante marco penológico⁽⁶¹⁾.

La posibilidad o no de que dos procesos penales (o investigaciones fiscales) se puedan acumular no puede llevar a descartar la aplicación

serían materialmente los mismos (...) (...) al estar tramitándose dos procesos penales con distintos tipos penales sobre la base de los mismos hechos (...)” (el subrayado es nuestro); por lo que en tal sentido, dicha circunstancia importa una afectación a la garantía del *Ne Bis In Ídem* en su dimensión procesal, pues, esta prohíbe el doble o procedimiento paralelo contra las mismas personas por el mismo hecho o identidad de fundamento; y, sobre la forma de cómo se resuelven los casos de *Ne Bis In Ídem* procesal por la verificación de procesos paralelos tramitados en la jurisdicción penal, no corresponde acumular la segunda causa a la primera ni viceversa, puesto que la acumulación tiene diferente naturaleza jurídica, sino que la segunda o posteriores investigaciones o juzgamientos iniciados deben quedar anulados y darlos por concluidos”.

(60) Véase, la sentencia recaída en el Exp. 1719-2007 de fecha 13 de noviembre de 2007 expedida por la Segunda Especializada Penal de Reos Libres de Lima; sentencia recaída en el Exp. 75-2008 de fecha 6 de noviembre del 2008, emitida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima: “Que siendo esto así, de la revisión de las copias de la denuncia formalizada por la Vigésima Fiscalía Provincial Penal y de las copias de los actuados ante la Vigésimo Séptima Fiscalía Provincial Penal y Cuarta Fiscalía Superior Penal en el año dos mil seis, se advierte que en efecto, ambas se centraron en los mismos hechos: ‘presuntas Irregularidades en torno al proceso de Concesión del servicio integral de Limpieza Pública Parques y Jardines llevado a cabo por la Municipalidad Distrital de San Isidro a través de la Licitación Pública Especial Nacional número 001-2005-CEPRI/MSI aprobación de la Iniciativa privada presentada por la Empresa Vega Upaca - Relima Sociedad Anónima’ (sic)”.

(61) Véase, sentencia recaída en el Exp. 75-2008 de fecha 6 de noviembre de 2008, emitida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

de la garantía del *ne bis in ídem*; ya que puede haber afectación de esta garantía constitucional, aun cuando sea imposible dictar la acumulación de causas toda vez que este instituto exige la verificación de determinados requisitos de conexidad y de naturaleza procesal, como que los procesos estén en la misma etapa⁽⁶²⁾.

4. La problemática de los efectos del requisito y efectos del *ne bis in ídem* y de la cosa decidida en el campo de la investigación del Ministerio Público ha traído una singular preocupación tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia peruana que de posiciones diametralmente opuestas ha migrado a adoptar puntos de vista intermedios que matizan las posiciones radicales.

La jurisprudencia constitucional peruana parte, en principio, por plantear y recordar la regla de que “una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que no se impide que el demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”⁽⁶³⁾.

Sin embargo, reconoce y admite que dicho criterio: “merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de ‘no ha lugar a formular denuncia penal’ por parte del fiscal, se refieren a que **el hecho no constituye delito**, es decir, carecen de ilicitud penal”⁽⁶⁴⁾. La doctrina jurisprudencial se ha reiterado sosteniendo que: “el Tribunal ha precisado que la decisión fiscal de ‘no ha lugar a formalizar denuncia penal’ sustentada en que el hecho denunciado carece de ilicitud penal, adquiere la calidad de cosa decidida, por lo que deviene en inamovible. Caso contrario, nada impide que el demandante

(62) La sentencia del Exp. 053-2008 de fecha 23 de julio de 2008, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel precisa que “lo que no ocurre en ambas causas, pues, una ya tiene sentencia con recurso de nulidad inclusive ante la máxima instancia del órgano jurisdiccional, y en la otra recién se va a emitir la sentencia correspondiente”.

(63) Exp. N° 6081-2005-PHC/TC, caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo.

(64) Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.

pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”⁽⁶⁵⁾.

Para el TC, en los casos en que el Ministerio Público considera que los hechos son atípicos, media una causa de justificación o de no culpabilidad, en que corresponde otorgar a esas decisiones el carácter de *inamovibles*⁽⁶⁶⁾.

La posición del TC peruano tiene su base en el **Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 11.006** del 7 de febrero de 1995 (caso: Alan García) en donde se sienta la doctrina que: “La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de denuncia”⁽⁶⁷⁾.

No es necesario que la ausencia delictuosidad de los hechos sea declarada por ambas instancias del Ministerio Público, en caso de que hubiera el ejercicio de la impugnación (queja) frente a la resolución de archivo. En efecto, puede que un fiscal considere que en el caso concreto hay ausencia o falta de indicios suficientes para formalizar denuncia y otro fiscal estime que los hechos sean atípicos, al margen de si dicha declaración coincide con el fallo de primera o de segunda instancia. Ni la doctrina ni la jurisprudencia, nacional o comparada, exigen el doble conforme de las dos instancias del Ministerio Público

(65) Exp. N° 02953-2009-PHC/TC, caso: Ismael Peña Palomino y otra.

(66) Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, caso: Teodorico Bernabé Montoya.

(67) Expresamente lo reconoce: Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC; Exp. N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso: Wilber Nilo Medina Bárcena.

respecto a la declaración de la falta de injusto penal, ya sea por atipicidad objetiva o subjetiva o por conformidad con el ordenamiento jurídico (ausencia de antijuridicidad) al concurrir una causa de justificación. En todo caso, creemos que lo decisivo es la declaración definitiva de ausencia de injusto penal, bien sea por falta de tipicidad objetiva o subjetiva o bien por falta de antijuridicidad o culpabilidad que deberá efectuar el órgano fiscal en segunda instancia.

En resumen, la doctrina sentada en buena cuenta implica que “no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) Cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) Cuando la investigación ha sido deficientemente realizada”⁽⁶⁸⁾.

5. El NCPP no es ajeno a esta preocupación que está lejos de asumir un carácter puramente legal, sino que posee un contenido y relevancia constitucional y convencional indiscutible. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **María Elena Loayza Tamayo vs. el Estado Peruano** de 17 de setiembre de 1997, señaló respecto al *ne bis in idem*: “Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados

⁽⁶⁸⁾ Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela. Sin embargo, el TC en este pronunciamiento matiza su criterio señalando lo que sigue: “se desprende la necesidad para este Colegiado de afirmar que el hecho de haber dejado abierta la posibilidad de reimpulsar una investigación deficientemente llevada (tesis que le sirve al demandado para llevar a cabo la misma) no significa que este Colegiado haya instituido una patente de corso para la comisión de arbitrariedades, pues dicha medida no significa, desde ningún punto de vista, que la determinación de ineficiencia en la investigación quede al libre albedrío o a la entera disposición subjetiva de los órganos encargados de la persecución del delito, pues para que opere ello es necesario que el representante del Ministerio Público cuente, cuando menos, con algún elemento objetivo que permita y valide la afectación del derecho de un ciudadano a la autoridad de la cosa decidida”; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC; Exp. N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso: Wilber Nilo Medina Bárcena; Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, caso: Teodorico Bernabé Montoya.

por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14°.7, que se refiere al mismo 'delito'), la Convención Americana utiliza la expresión 'los mismos hechos', que es un término más amplio en beneficio de la víctima"⁽⁶⁹⁾.

La nueva legislación procesal establece la regla de la prohibición de reapertura de investigación cuando ha recaído en la investigación que se desarrollaba una resolución de archivo, en primera o segunda instancia. Al respecto, el art. 335°. 1 prescribe que se: "*impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos*". Sin embargo, expresamente el NCPP realiza una excepción a la regla y autoriza el reinicio de la investigación preparatoria siempre que "*se aporten nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial*".

De manera razonable, el NCPP establece que solo se puede reabrir la investigación en aquellos casos en los que existen nuevas evidencias o elementos de convicción, en terminología del código. Se entiende, realizando una interpretación conforme a las sentencias del TC y de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tal condición solo prosperará en aquellos casos en los que la razón y la causa del archivo de la investigación sea la falta de evidencias o elementos de convicción; de tal manera que en aquellos casos en los que la razón del archivo reside en la falta de relevancia penal de la conducta (v. gr. tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad)

⁽⁶⁹⁾ En esta sentencia, la Corte IDH estableció que si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común.

los efectos que despliegan son inamovibles y definitivos, semejantes a los efectos de la cosa juzgada. Pese a que la legislación procesal no efectúa una referencia expresa sobre este punto, una interpretación conforme a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos permite llegar a dicha conclusión.

6. Si el ámbito de la reapertura de la investigación fiscal se limita a los casos de archivo por falta (total o parcial) de evidencias o de suficientes elementos de convicción, la pregunta que queda responder es si el reabrir una investigación cerrada requiere una simple motivación (como si se tratara de cualquier formalización de investigación preparatoria) o el cumplimiento de una mayor carga de fundamentación.

Un primer punto de vista sostiene que solo es necesario exigir una simple motivación escrita en la que se debe efectuar la referencia genérica a la nueva prueba y a los hechos imputados cumpliendo con los requisitos comunes y generales establecidos para la formalización de la investigación preparatoria en el art. 336°.2 del CPP⁽⁷⁰⁾.

Un segundo punto de vista considera que si el fiscal decide abrir nuevamente investigación sobre la base de nueva evidencia debe haber de modo obligatorio, una adecuada y suficiente justificación del Ministerio Público respecto a señalar con absoluta precisión los nuevos elementos de convicción que originaban dicha decisión, fundamentando debidamente tal apreciación, no limitándose a expresar que el acto imputado al actor sí constituye delito⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ 2. La Disposición de formalización contendrá:

- a) El nombre completo del imputado;
- b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;
- c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y,
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

⁽⁷¹⁾ Exp. N° 03339-2011-PHC/TC, caso: Norman David Lewis del Alcázar: “descritos los hechos que enuncian cada una de las resoluciones fiscales, se puede concluir con grado suficiente de certeza que ambas investigaciones se sustentan en el mismo suceso fáctico, pues se mantiene la estructura básica de

Por último, se puede encontrar un tercer parecer que plantea que toda reapertura de una investigación fiscal debe forzosa y obligatoriamente cumplir con una *mayor carga de la fundamentación*; de tal manera que logre expresar de manera rigurosa las razones fácticas, basadas en nueva evidencia que sustentan y ameritan la disposición de reapertura.

La mayor carga de la fundamentación supone la exigencia de una motivación especial, más rigurosa y más intensa sobre todo si tiene que ver con la vulneración de un derecho fundamental o con una serie de garantías mínimas de la administración de justicia (v. gr. el debido procedimiento a nivel del Ministerio Público, el *ne bis in idem* y la cosa decidida⁽⁷²⁾). Por ejemplo, en la doctrina el abandono

la hipótesis incriminatoria, esto es, el reparto de sachets de agua con el nombre de la agrupación política 'Fuerza Loretana', lo cual ya había sido objeto de pronunciamiento por parte del representante del Ministerio Público en la investigación fiscal 625-2010. Siendo ello, así resulta conveniente verificar si el reinicio de la segunda investigación, se ha sustentado en algunos de los requisitos a los que se ha hecho referencia en el considerando 6 del presente voto, es decir, en las excepciones de la cosa decidida. Así, el representante sustenta el reinicio de la investigación en la siguiente consideración: '... la excepción anotada en la parte in fine del punto anterior es del todo acertada, pues los fiscales no somos seres infalibles razón por la cual, la regla contenida en el numeral uno del artículo 335° del C.P., no puede ser planteada en forma absoluta y general, tanto más, la calificación penal de un hecho, reviste cierto grado de discrecionalidad y apreciación subjetiva, por parte del magistrado, por lo que consideramos, inspirándonos en el novísimo Código Procesal Penal, que, dado que este despacho fiscal, considera que los hechos denunciados sí son típicos...'. Ello, a nuestro criterio, no se ajusta a aquello que en su momento el Tribunal Constitucional expresara y que ha sido asumido en el presente voto; dicha forma de apreciar el caso evidencia un acto de puro decisionismo jurídico, lo cual no puede ser amparado por los jueces constitucionales".

(72) Exp. N° 06653-2008-PA/TC, caso: José Martín Chávez García. Voto del magistrado Álvarez Miranda: "Uno de los controles a la discrecionalidad relativa que posee el Ministerio Público, es el derecho a la motivación de las decisiones fiscales. A mayor discrecionalidad de un órgano estatal que toma decisiones que pueden incidir sobre derechos fundamentales, mayor carga de argumentación,

del precedente y su sustitución por otro obliga a la adopción de una *especial carga de fundamentación*⁽⁷³⁾.

La mayor carga de la fundamentación no se restringe a la explicación de las razones de hecho y de derecho, sino que importa una *justificación especial* de por qué se está apartando de una decisión anterior y que debe ser reconocida a través de la motivación⁽⁷⁴⁾. Todo cambio de una situación dominante o de una decisión anterior tiene y debe ser justificado⁽⁷⁵⁾. No es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado y decidido. Una solución asumida con anterioridad no puede abandonarse sin una explicación de los motivos que lo inspiran. Un mismo órgano judicial, administrativo o fiscal no puede modificar el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos, o en el mismo caso, sobre todo si no ofrece una motivación detallada, minuciosa y suficiente⁽⁷⁶⁾.

La mayor carga de fundamentación busca establecer un control sobre el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, administrativos o fiscales e introduce una garantía de

mayor carga de motivación. En un Estado Constitucional las autoridades del Estado se encuentran limitadas al respeto y estricta observancia de los derechos fundamentales (artículo 45º), de modo que sus decisiones no son legítimas por el solo hecho de que aquellos son una autoridad estatal, sino cuando dichas decisiones poseen argumentos lógicos, debidos, suficientes y congruentes con las pretensiones planteadas por las partes”.

(73) Cfr. en el caso de los precedentes: ALEXI, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, cit., pp. 377 y ss.; WÜRTENBERGER, Thomas, *Interpretación del Derecho Constitucional (desde una perspectiva realista)*, Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N° 6, 2002, p. 616; SODERO, Eduardo, “Sobre el Cambio de los Precedentes”, *Isonomía*, cit., p. 229.

(74) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*, cit., p. 39, 40 y 106.

(75) Cfr. AARNIO, Aulis, *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*, cit., p. 260.

(76) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*, cit., p. 63.

racionalidad en la actuación de los mismos⁽⁷⁷⁾. Plantea una exigencia de justicia procedimental, la cual reclama que los Tribunales no deben apartarse injustificadamente de sus criterios anteriores en casos semejantes⁽⁷⁸⁾ o peor aún en los mismos casos. Con ello, se pretende asegurar un mayor contenido de justicia, un acierto al momento de resolver una determinada controversia y la realización de un valor especial: la seguridad jurídica.

Toda afectación a un derecho fundamental, a una garantía mínima de la administración de justicia, más aún si se trata de su núcleo esencial, exige como regla una mayor fundamentación, una justificación más rigurosa y exhaustiva. El TC peruano ha sentado la doctrina que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación⁽⁷⁹⁾. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación”⁽⁸⁰⁾. Se trata en buena cuenta del reconocimiento de motivaciones cualificadas que aparecen cuando se afectan derechos

(77) Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis, “La Creación Judicial del Derecho”, en: *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, cit., p. 93.

(78) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La Técnica del Precedente y la Argumentación racional*, cit., p. 76.

(79) Véase, el Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, caso: Llamoya Hilares; Exp. N° 02462-2011-PHC/TC, caso: Ivon Salhuana Villanueva a favor de Ángel Benito Audante Gutiérrez; Exp. N° 2641-2012-PHC/TC, caso: Alberto Quimper Herrera; Exp. N° 02637-2011-PHC/TC, caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez.

(80) Exp. N° 02462-2011-PHC/TC, caso: Ivon Salhuana Villanueva a favor de Ángel Benito Audante Gutiérrez; Exp. N° 2641-2012-PHC/TC, caso: Alberto Quimper Herrera; Exp. N° 02637-2011-PHC/TC, caso: Luis Gerónimo Pinto Gutiérrez.

fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal⁽⁸¹⁾.

En el caso de la afectación al principio constitucional implícito del *ne bis in ídem*, debe de justificarse de manera específica, seria y rigurosa por qué se deja sin efecto una resolución que ha quedado firme, por qué un hecho que se ha investigado previamente, activando los mecanismos y procedimientos propios de un Estado de Derecho y tiene la condición de cosa decidida se pretende reabrir. El ciudadano (función endoprosesal de la motivación) y la sociedad (función extraprosesal de la motivación) tienen derecho a saber y conocer las razones de por qué se afecta la órbita de los derechos fundamentales, se excepciona el *ne bis in ídem* y la garantía de cosa decidida al reabrirse una investigación que se encontraba cerrada.

No es excusa para el cumplimiento de la mayor carga de fundamentación el hecho de que la resolución anterior de archivo se encuentre defectuosamente fundamentada, o haya vicios en el procedimiento, toda vez que para combatir dichas infracciones al debido proceso se encuentran habilitadas las vías legales y constitucionales pertinentes como es, por un lado, el derecho al recurso y, por el otro, la posibilidad de interponer una demanda de amparo en el que se puede asumir como agravio constitucional la afectación al debido procedimiento, entre las que se cuenta que la decisión de archivo viola el núcleo del deber constitucional y legal de motivar las resoluciones fiscales de archivo (ut supra III). Se ha de recordar que la Corte IDH en el caso de la sentencia Loayza Tamayo extendió los efectos del *ne bis in ídem* pese a que la decisión de archivo de los Tribunales militares no cumplió de manera satisfactoria con un estándar mínimo de motivación, tanto en lo que se refiere al ámbito fáctico como jurídico.

(81) Voto singular en la STC recaída en el Exp. N° 1744-2005-PA/TC, caso: Jesús Absalón Delgado Arteaga de los magistrados Alva Orlandini y Gonzáles Ojeda; Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, caso: Llamoja Hilares; Exp. N° 02462-2011-PHC/TC.

7. La mayor carga de fundamentación en los casos de reapertura de la investigación fiscal por nueva evidencia o por los nuevos elementos de convicción requiere tener en cuenta una serie de elementales exigencias, entre las que se cuenta:

- i) Se debe identificar la clase específica de evidencia, en el sentido de si se trata de evidencia típica (documentos, pericias, testimonios, etc.), atípica o si se basa en un dato corroborado que permite llegar a una conclusión plausible a través de una inferencia, tal como ocurre con la prueba indiciaria (v. gr. huella dactilar, registros telefónicos, etc.).
- ii) Se debe precisar en la medida de lo posible el origen y procedencia de la misma; v. gr. quién lo aportó o presentó, cuál fue el mecanismo o procedimiento que se utilizó para obtenerla, al menos de manera genérica. Este paso argumentativo permite, por lo menos de manera preliminar, el analizar si se trata de una evidencia que ha seguido un procedimiento legítimo o se trata de un caso manifiesto de prueba prohibida.
- iii) A fin de cumplir con la mayor carga de fundamentación se requiere que se fije el contenido concreto de la nueva evidencia, en el sentido de lo que refiere o expresa el testigo, la pericia, el documento etc.; o la inferencia que permite llegar al dato indiciario. Se trata de establecer la información probatoria de la nueva evidencia. La determinación del contenido de la nueva evidencia es necesaria en atención a que posibilita efectuar un control de autosuficiencia de la decisión fiscal.
- iv) Debe haber una argumentación directa y precisa de la relación que existe entre la nueva evidencia y los hechos que han sido objeto de investigación, a fin de evaluar la vinculación lógica de la nueva evidencia (pertinencia⁽⁸²⁾ y

(82) El TC en las sentencias de los Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso: Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana; Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz ha señalado respecto a la pertinencia de la prueba lo siguiente: "la prueba se reputará pertinente si guarda una relación

relevancia⁽⁸³⁾) con los hechos anteriormente investigados. Se trata de un análisis material más que formal en el que se han de verificar los hechos (enunciados fácticos) y su relación con los nuevos elementos de convicción. Este aspecto es muy importante, y en ocasiones decisivo, en razón de que la “nueva evidencia”, más que guardar relación con hechos anteriores que han sido materia de investigación puede dar lugar a un distinto marco fáctico y referirse a distintos hechos, que más allá de la provisional calificación jurídica que pueden recibir, debe dar pie a una distinta investigación y no tanto a una reapertura de investigación. Aquí la evidencia no se relaciona tanto con los hechos pasados que ya se investigaron, sino que se refiere a otros hechos distintos que deben dar lugar a una distinta investigación.

- v) El análisis de la nueva evidencia debe tomar en cuenta tanto su vinculación con la corroboración de los hechos que fueron objeto de investigación como, en especial, la relación de pertinencia y relevancia que existe entre dicha nueva evidencia con la autoría y participación en los hechos que fueron investigados, ya que puede que se trate de una nueva evidencia que acredita la comisión del hecho, pero no la intervención de la persona como autor o partícipe. Lo importante aquí no es que exista nueva evidencia, ya sea en el plano formal o material, que esta nueva evidencia se refiera a la ejecución de un hecho delictivo anteriormente investigado, sino a la necesidad de que la misma acredite la participación en él de un ciudadano. La cosa decidida y el *ne bis in idem* no solo comprenden a un mismo objeto procesal (o de investigación), sino que se

directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada”.

(83) Por todos, TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos* (Trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009, pp. 364 y ss.; TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lima, GTZ, 2009, pp. 47 y ss.

relaciona con una posible o probable intervención de una persona determinada en la comisión de un delito, ya sea en calidad de autor (autor directo, coautor, autor mediato) o de partícipe (cómplice o instigador).

Solo cumpliendo con esta exigencia se puede respetar el requisito de la *identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva)* en varios procesos o investigaciones, que es una condición esencial para que proceda el efecto negativo del principio del ne bis in ídem, a fin de evitar una persecución nueva, es decir, cuando la anterior ya ha terminado y se inicia otra al mismo tiempo o con posterioridad⁽⁸⁴⁾.

- vi) Otro de los aspectos que debe cumplir la mayor carga de fundamentación de la reapertura de la investigación fiscal —que, por cierto, no se encuentra en la ley, pero fluye de su sentido y de la necesidad de rodear de garantías efectivas a los derechos fundamentales— es que debe haber un análisis adecuado e, incluso, suficiente, del valor acreditativo de la nueva evidencia respecto a la comprobación del hecho y a la intervención en él de la persona anteriormente investigada. Por supuesto, no es necesario ni razonable exigir que la nueva evidencia asegure una condena, sea determinante, incluso, para una acusación, pero sí que tenga entidad suficiente para dejar sin efecto una decisión que ha obtenido la condición de cosa decidida.

Este requisito de carácter material permite evitar que con la presentación de una supuesta nueva evidencia que carece de potencia acreditativa, se reabran investigaciones que ya han sido cerradas y que han adquirido la condición de cosa

⁽⁸⁴⁾ Exp. N° 05090-2008-PHC/TC, caso: Manuel Ángel Martín del Pomar Saettonne; Exp. 8817-2005-PHC/TC, caso: Cesar Alfonso Ausin de Irruarízaga y otro; Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC; Exp. N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso: Wilber Nilo Medina Bárcena; Exp. N° 01487-2010-PHC/TC, caso: Abel Hallasi Zárate; Exp. N° 01415-2010-PHC/TC, caso: Elías Vily Carbajal.

decidida, las cuales finalmente encuentran sentido en la seguridad jurídica como fundamento del *ne bis in ídem*⁽⁸⁵⁾. Solo cumpliendo esta exigencia es posible dejar fuera aquella nueva evidencia intrascendente, que carece de virtualidad y peso en la ponderación global de los hechos que no aportan nada o que por su escasa fuerza acreditativa no justifica la reapertura de la investigación fiscal.

- vii Finalmente, la decisión que reabre la investigación por la concurrencia de nuevos elementos de convicción debe cumplir con el requisito formal, pero decisivo desde el plano jurídico, de dejar expresamente sin efecto la decisión de archivo de la investigación anterior, pues solo así se garantiza y legitima la nueva investigación con el ordenamiento jurídico.

V. EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES QUE RESUELVEN UNA QUEJA DE DERECHO

La justicia constitucional ordinaria ha tenido la oportunidad de reconocer que las quejas de derecho deben fundamentarse y que es posible advertir la violación del deber de motivar las resoluciones

(85) Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela: “el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, como el principio y el derecho del *ne bis in ídem* o la no persecución múltiple”. La seguridad jurídica es entendida como una “norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, y en un derecho subjetivo de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente modificados (STC 5942-2006-PA/TC)”; Exp. N° 02110-2009-PHC/TC; Exp. N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), caso: Wilber Nilo Medina Bárcena.

fiscales si es que la resolución del fiscal superior que decide declarar fundada el recurso promovido y ordenar la formalización de denuncia no cumple con justificar de manera adecuada el razonamiento al que arriba.

La Cuarta Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima ha sostenido que una resolución de un fiscal superior que resuelve un recurso de queja de derecho que se declara fundada afecta el deber de motivar las resoluciones fiscales si es que “a) no se ha individualizado debidamente la participación de cada una de las personas; b) no se ha precisado la tipificación jurídica del *modus operandi* que les correspondería a los mismos; c) no se han precisado los errores en que habría incurrido la Fiscalía Provincial; d) finalmente, no se ha plasmado en la resolución cuestionada, el razonamiento fáctico y jurídico que sustenta la revocatoria de la resolución primigenia”⁽⁸⁶⁾.

VI. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES DE FORMALIZACIÓN DE DENUNCIA

1. Para que una formalización de denuncia penal (o de formalización de la investigación preparatoria) sea acorde a la Constitución, deberá contener los hechos y justificación específica referida a cada procesado, individualización que responde además a los criterios de razonabilidad que deviene de un Estado de Derecho. No resulta proporcional y constitucional que la denuncia fiscal se refiera en forma ambigua y genérica a los supuestos de hechos realizados. Por el contrario, debe describir las acciones realizadas por cada investigado y su aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados, con lo que debe expresar clara y precisamente la descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles⁽⁸⁷⁾.

2. El TC peruano de manera uniforme y reiterada ha sostenido la doctrina respecto a la actividad del Ministerio Público lo que sigue: “su función es postulante o requiriente, pero en ningún caso decisoria,

⁽⁸⁶⁾ Véase, la Sentencia del Exp. N° 24-09-HC del 5 de junio de 2009.

⁽⁸⁷⁾ Véase, la Sentencia recaída en el Exp. N° 33-2007 de fecha 7 de junio de 2007, expedida por la Tercera Sala Especializada Penal de Reos Libres de Lima.

así, el Fiscal pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no juzga, toda vez que la función de impartir justicia es atribución ejercida por el Poder Judicial”⁽⁸⁸⁾. Por esta razón, ha remarcado: “este Tribunal ya ha señalado que la función del Ministerio Público es requirente y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria⁽⁸⁹⁾, pues no posee facultades coactivas ni de decisión directa para el inicio del proceso penal”⁽⁹⁰⁾; de manera tal que si “al ejercitar la acción penal dentro de la prerrogativa postulatoria que le asigna la Norma Suprema, pretensión que, al no encontrarla arreglada a ley, en el presente caso hubiera sido desestimada por el órgano jurisdiccional”⁽⁹¹⁾. El TC ha reforzado su posición al sostener que “la sola existencia de

(88) Véase, las sentencias del TC recaídas en los Exp. N° 2405-2006-PHC/TC, caso: Efraín Llerena Mejía; Exp. N° 6688-2005-PHC/TC, caso: Henry Jiménez Moscol; Exp. N° 1983-2006-PHC/TC, caso: Juan Miguel Guerrero Orbegoso; Exp. N° 3960-2005-PHC/TC, caso: Julio Colonio Artega; Exp. N° 7820-2005-PHC/TC, caso: Rafael Edwi Ríos López; Exp. N° 10382-2006-PHC/TC, caso: Petronilo Dávila Carnero.

(89) Exp. N° 03663-2011-PHC/TC, caso: Giovanni Mario Paredes Ruiz; Exp. N° 03019-2011-PHC/TC, caso: Cristóbal Silva Rosas; Exp. N° 02085-2011-PHC/TC, caso: Juan Humberto Vásquez Laguna; Exp. N° 00927-2010-PHC/TC, caso: Augusto Edgar Tenorio Guevara; Exp. N° 6357-2008-PHC/TC, caso: Miriam López Gómez Sánchez de Jiménez y otro; Exp. N° 04169-2008-PHC/TC, caso: Fermín Aurelio Rodríguez Vargas; Exp. N° 02682-2009-PHC/TC, caso: Erika Chávez Aragón a favor de Rosario Ana Chávez Sierra; Exp. N° 01042-2009-PHC/TC, caso: Alejandro Rubén Díaz Vásquez; Exp. N° 05133-2009-PHC/TC, caso: Augusto Medina Otazu; Exp. N° 01415-2010-PHC/TC, caso: Elías Vily Carbajal; Exp. N° 02004-2010-PHC/TC, caso: César Felipe Gutiérrez Peña; Exp. N° 03689-2008-PHC/TC, caso: Mildio Eudocio Martínez Moreno; Exp. N° 00331-2010-PHC/TC, caso: Manuel Humberto López Paredes.

(90) Exp. N° 03019-2011-PHC/TC, caso: Cristóbal Silva Rosas; Exp. N° 02085-2011-PHC/TC, caso: Juan Humberto Vásquez Laguna; Exp. N° 04169-2008-PHC/TC, caso: Fermín Aurelio Rodríguez Vargas; Exp. N° 01042-2009-PHC/TC, caso: Alejandro Rubén Díaz Vásquez; Exp. N° 05133-2009-PHC/TC, caso: Augusto Medina Otazu.

(91) Véanse, las sentencias del TC, recaídas en los Exp. N° 6801-2006-PHC/TC, caso: Saúl Guevara Vargas; Exp. N° 6688-2005-PHC/TC, caso: Henry Jiménez Moscol; Exp. N° 5457-2005-PHC/TC, caso: Rafael López Aliaga.

un proceso penal **no comporta, *per se*, la afectación del derecho a la libertad individual**”⁽⁹²⁾ y dicho criterio es aplicable a la investigación preliminar fiscal.

El TC al señalar que el Ministerio Público cumple con una función requiriente y no decisoria, al no tener capacidad para juzgar, parece afirmar que este órgano constitucional no realiza, ni puede realizar alguna actividad lesiva de los derechos fundamentales, es decir, no afecta en particular la libertad personal. Sin embargo, olvida que dicha actividad requiriente significa el decidir llevar a proceso a una persona que presuntamente ha cometido un delito. Esa actividad requiriente implica afirmar que existe una causa probable (o posible) y un especial grado de vinculación de una persona con la comisión de un hecho delictivo. No estamos ante una afirmación inofensiva o superficial, sino configuradora de un estado particular de sospecha.

Pese a la posición del TC, de manera particular la jurisprudencia constitucional ordinaria en alguna ocasión ha efectuado el control correspondiente de la formalización de denuncia al encontrar en ella vicios de motivación⁽⁹³⁾.

(92) Exp. N° 02682-2009-PHC/TC, caso: Erika Chávez Aragón a favor de Rosario Ana Chávez Sierra; Exp. N° 8987-2005-PHC/TC, caso: José Enrique Crousillat López Torres.

(93) Véase, la sentencia del Exp. N° 78-2006 del 29 de diciembre de 2006 expedida por la Cuarta Sala Penal de Reos en Cárcel en donde se sostiene: “Que asimismo de otro lado, se aprecia a fojas cuatrocientos catorce y cuatrocientos quince, que el mismo defecto se aprecia en la denuncia fiscal formulada por el Fiscal provincial penal, doctora Nancy Vargas Cuba, de la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, quien en tan solo veinte líneas ha formulado la denuncia de fecha veintisiete de abril del dos mil cuatro, creando un marco de acción procesal, donde el Juez Penal solo puede resolver de acuerdo a las pruebas acopiadas en la investigación preliminar, a los cargos imputados, y a la fundamentación fáctica y jurídica que este sostiene en su denuncia; es decir, que en el presente caso, tanto el Fiscal Provincial Penal como el Juez emplazado no han cumplido al momento de formalizar la denuncia fiscal como el auto de apertura de proceso, con expedirlos con las garantías mínimas del debido proceso y la tutela procesal efectiva; por lo que la nulidad de todo lo actuado debe extenderse también a la denuncia fiscal y debe de remitirse los actuados

3. Creemos, que la formalización de denuncia penal, o la formalización de la investigación preparatoria, puede y debe ser materia de control, sea constitucional o legal, desde la perspectiva del deber de motivar las resoluciones fiscales (art. 139°, inc. 5); más aún si las mismas se caracterizan por realizar imputaciones de carácter penal en contra una (o varias personas) en calidad de autor o partícipe por la comisión de uno o varios delitos. Carece de sentido y representa una paradoja que la justicia constitucional realice el control de motivación de las resoluciones fiscales de apertura de investigación fiscal o de control de las resoluciones de archivo de las denuncias penales y renuncie de manera específica –bajo el pretexto que las resoluciones fiscales son postulatorias y/o requirientes– a controlar las resoluciones fiscales de formalización de denuncia.

Desde el punto de vista constitucional y la vigencia del principio de proporcionalidad, es más grave imputar cargos a una persona a través de la formalización de una denuncia o una investigación preparatoria que abrir investigación preliminar o archivar una denuncia. En efecto, si se requiere por mandato del macroderecho de la tutela judicial efectiva de que las potenciales víctimas o agraviados de la comisión del delito obtengan una justificación razonada acerca de por qué no se ampara su petición y se decide el archivo de la denuncia o la investigación fiscal; resulta incompatible con un Estado Constitucional que se renuncie y se abdique expresamente a controlar constitucionalmente aquellos actos que suponen la imputación de actos delictivos y la configuración de una situación de sospecha por la comisión de un delito. Es contrario a toda lógica que las potenciales víctimas obtengan mayor tutela que las personas a quienes se les atribuye la perpetración de un delito. Dicho proceder representa una flagrante violación al principio de igualdad.

al Fiscal Penal Decano a fin de que designe la fiscalía correspondiente para el estudio de autos y proceda a formular nueva denuncia penal o resuelva conforme a sus atribuciones observando el marco de respeto a los derechos constitucionales aquí violentados, integrándose la sentencia apelada en este extremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales de aplicación supletoria al presente caso”.

4. Según se afirma y se reconoce el proceso penal, en sentido amplio y que comprende la investigación dirigida por el Ministerio Público, supone desde su inicio el soportar una enorme carga de afflictividad, tanto formal como material, para la persona. Resulta indiscutible que toda investigación y proceso penal constituye una injerencia y penetración en la vida del ciudadano que le obliga a realizar una serie de actos, a soportar un conjunto de obligaciones [v. gr. comparecer al proceso y a la investigación] y a mantener una expectativa en el resultado y en la duración de dicho proceso. Como recuerda correctamente Daniel PASTOR: “*El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aun cuando no se dispongan medidas concretas de coacción*”⁽⁹⁴⁾; y que dicho: “*proceso implica una innegable carga de incertidumbre, la que debe ser resuelta en el menor tiempo posible*”⁽⁹⁵⁾. A lo que SILVA SÁNCHEZ agrega: “*el reconocimiento de la cada vez evidente naturaleza punitiva [en el plano fáctico] del proceso*”⁽⁹⁶⁾. Es preocupante para la vigencia de los derechos fundamentales de que en la sociedad actual se constate cada vez con mayor insistencia el prevalecimiento de la función estigmatizadora y de prevención general negativa del proceso (y de las investigaciones penales) que llega a alcanzar en muchos casos un mayor grado de estigmatización que la pena y cuya tendencia apunta, como señala FERRAJOLI: “*a la progresiva reducción cuantitativa del volumen de las penas a la paralela inflación de los procesos, así como la prevalencia, en la población carcelaria, del número de presos en espera de juicio sobre el de los que cumplen condena*”⁽⁹⁷⁾.

(94) PASTOR, Daniel, “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 49, p. 57.

(95) PASTOR, Daniel, *Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 46.

(96) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Problemas de Determinación Judicial de la Pena”, en: *La Dogmática penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública*, Lima, Grijley, 2001, p. 99.

(97) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., pp. 618 y 730: “A las diversas formas y mecanismos de diferenciación interna de la pena y la multiplicación de las sanciones penales atípicas y no retributivas, hay que

Con razón, se recuerda que el proceso penal es una forma de coacción estatal y como ha reconocido la Corte Suprema argentina: *“el enjuiciamiento penal comporta la innegable restricción de la libertad del imputado”* [Caso Mattei]. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado: *“lo que se encuentra en tela de juicio dentro del proceso es la inocencia del procesado, su buen nombre y su honra, en virtud de hacer menos penoso su sufrimiento de verse envuelto en un proceso por una conducta punible de la cual se carece de la certeza de su autoría”*⁽⁹⁸⁾. El TC peruano ha destacado: *“El proceso penal, qué duda cabe, es generador en sí mismo de una cierta restricción en el contenido de determinados derechos fundamentales, como la libertad personal y la integridad psíquica”*⁽⁹⁹⁾.

Desde la perspectiva normativa, no es posible negar que el proceso penal representa una intervención sobre la persona y sus derechos fundamentales, aun cuando no se la prive de su libertad. Desde la perspectiva social la persona es sometida durante el proceso penal a la *“pena del banquillo”*, a la estigmatización por haberse puesto en

añadir el desarrollo inflacionario del proceso penal, que en la moderna sociedad de las comunicaciones, tiende a convertirse en sí mismo en una sanción, en ocasiones más gravosa que la misma pena tradicional”.

(98) Véase, la Sentencia C-401/07 del 23 de mayo de 2007.

(99) Exp. N° 0024-2010-PI/TC, caso: 25% del número legal de Congresistas: “Restricción que se asume como constitucionalmente ponderada, en la medida que tiene por objeto la búsqueda de la verdad y la determinación de responsabilidades penales ante la violación cierta o razonablemente presumida de determinados bienes de relevancia constitucional protegidos por el Derecho Penal. Empero, cuando el *iter* del proceso penal, supera de manera manifiesta y nítidamente arbitraria un tiempo razonable para la averiguación de la verdad, y se mantiene al imputado en un estado de ‘eterna incertidumbre’ en relación con su situación jurídica, la acción penal del Estado, que ya no tiene destino determinable, se torna constitucionalmente ilegítima al haber, por efecto del tiempo, ‘objetivado’ al ‘sujeto del proceso’: En tales condiciones, de extraordinaria arbitrariedad, la fuerza de la dignidad del procesado, vence el estado latente de la acción penal, determinando su extinción o, cuando menos, dependiendo de las circunstancias, disminuyendo sensiblemente el grado de su última manifestación (por ejemplo, conmutando cierto grado de la pena en proporción al grado de superación de la razonabilidad del plazo)”.

entredicho su inocencia y a un serio cuestionamiento de su honorabilidad y reputación al ser considerado como autor o partícipe en la comisión de un hecho punible. El proceso penal se desempeña en la sociedad como una pena procesal⁽¹⁰⁰⁾. Por su parte, desde la perspectiva psicológica a la persona se la somete a la tribulación, al sufrimiento de afrontar, siendo culpable o no, un proceso en donde existe un gran marco de incertidumbre respecto a su resultado y el posible cambio de su situación jurídica y demás contingencias que se pueden presentar⁽¹⁰¹⁾. Como sostuvo CARNELUTTI: *“el simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento: el sufrimiento del inocente es costo insuprimible del proceso penal”*.

5. En el último tiempo, el TC ha moderado su posición y admite la posibilidad de control constitucional de las denuncias formuladas por el representante del Ministerio Público, al señalar que la investigación que el Ministerio Público realiza puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial, la que podría servir de importante indicativo para el juez al momento de decidir sobre la apertura de instrucción penal, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia que esté orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado y aun encarcelado, lo que representa, evidentemente, una amenaza cierta e inminente del derecho a la libertad individual o algún derecho conexo⁽¹⁰²⁾. Por ello, se sostiene que el criterio del carácter postulatorio de la investigación Fiscal y que no amenaza la libertad individual, se ha estado viendo “morigerado”, entendiéndose por “morigerar” el equilibrar, controlar y limitar⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 731.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. PASTOR, Daniel, “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 49, p. 59, quien señala que la falta de determinación del plazo máximo de duración del proceso genera una “situación de doble incertidumbre” ya que el ciudadano “no se sabe cuándo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo”.

⁽¹⁰²⁾ Véase, las STC del Exp. N° 01887-2010-PHC/TC, caso: Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela; Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, caso: Roberto Boris Chauca Temoche y otros.

⁽¹⁰³⁾ Véase, la sentencia recaída en el Exp. N° 522-2011 de fecha 17 de mayo de 2011, emitida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior del Callao: “El Colegiado

6. Finalmente, consideramos que no constituye un problema insuperable ni representa el centro del debate el determinar si el control constitucional de la formalización de denuncia, o la formalización de investigación preparatoria, se realiza a través de la presentación de una acción de amparo o de una acción de hábeas corpus. La protección eficaz de un derecho fundamental o de una garantía constitucional no es una cuestión de forma, sino de contenido y de optimizar el derecho a un recurso sencillo y rápido garantizado por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25°). La jurisprudencia constitucional peruana lo ha reconocido expresamente al señalar: “La formalización de denuncia es suficientemente idónea para estimarse como actuación generadora del eventual establecimiento de restricciones, en la medida que constituye presupuesto imprescindible de la instauración del procesamiento penal a que postula el órgano persecutor, por lo que la jurisdicción constitucional es competente para calificar su legitimidad constitucional”⁽¹⁰⁴⁾.

En todo caso, si se tuviera que tomar partido y optar por elegir la vía idónea y constitucionalmente adecuada respecto al control de los actos de formalización de denuncia (o investigación) por parte del representante del Ministerio Público creemos que dicha vía es la acción de hábeas corpus y no tanto el amparo. En tal sentido, estimamos que bien se puede optar por el hábeas corpus restringido o el hábeas corpus conexo.

Como ha establecido el TC, el hábeas corpus restringido es aquel que “se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. En

agrega a este razonamiento, de acuerdo al avance normativo de nuestro sistema procesal penal, que como la investigación se ha abierto estando vigente el nuevo Código Procesal Penal, el Juez ya no dicta el Auto de Procesamiento de Instrucción, sino que tal facultad (la de iniciar la investigación), ahora es asumida por el Ministerio Público, por lo que la amenaza al derecho a la libertad individual del demandante, es mayor”.

⁽¹⁰⁴⁾ Véase, la Sentencia del Exp. N° 027-2007/HC de fecha 31 de mayo de 2007, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

tales casos, pese a no privarse al sujeto de su libertad, esta se limita en menor grado⁽¹⁰⁵⁾. Entre los casos en que procede la interposición del hábeas corpus restringido, cabe mencionar 'la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares⁽¹⁰⁶⁾ (incluido el propio

⁽¹⁰⁵⁾ Exp. N° 02524-2009-PHC/TC, caso: Ricardo Alonso Hayashi Prudencio; Exp. N° 2508-2005-PHC/TC, caso: Sergio Augusto Lucero Gonzales; Exp. N° 5970-2005-PHC/TC, caso: Pedro Emiliano Huayhuas Ccopa; Exp. N° 2663-2003-HC/TC, caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca; Exp. N° 1790-2005-PHC/TC, caso: Alan Michael Azizolahoff Gate; Exp. N° 6322-2005-PHC/TC, caso: César Augusto Inca Soller; Exp. N° 2665-2006-PHC/TC, caso: José Luis Cáceres Echegaray; Exp. N° 05559-2009-PHC/TC, caso: Giovanni Danti Gamarra Puértas; Exp. N° 01241-2010-PHC/TC, caso: Rosa Pezo Sinahuara y otra; Exp. N° 00383-2010-PHC/TC, caso: Dominga Manrique Huanca de Jove en derecho propio y a favor de Jorge Jove Mamani y otros; Exp. N° 6936-2005-PHC/TC, caso: Crisólogo Motta Arenas; Exp. N° 02105-2011-PHC/TC, caso: Edith Pilar Palacios Jiménez; Exp. N° 00997-2011-PHC/TC, caso: Carlos Manuel Colán Villegas; Exp. N° 05841-2006-HC/TC, caso: Luis Kono Paredes Quispe y otros; Exp. N° 02429-2009-PHC/TC, caso: Máximo Alí Solaligue Jara; Exp. N° 05151-2009-PHC/TC, caso: Dery Jesús Gomero Tejeda; Exp. N° 6976-2006-PHC/TC, caso: Aurelio Beraún Reymundo; Exp. N° 5573-2006-PHC/TC, caso: Carlos Patiño Urco; Exp. N° 2064-2009-PHC/TC, caso: Deny Martín Bayona Peláez; Exp. N° 04194-2010-PHC/TC, caso: Demetrio Alfredo Flores Goicochea; Exp. N° 10101-2005-PHC/TC, caso: Teodorico Juan Alfaro Cárdenas.

⁽¹⁰⁶⁾ Exp. N° 5994-2005-PHC/TC, caso: Centro de Orientación Familiar: "En el caso de autos lo que se cuestiona directamente tiene que ver con restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por el hecho de haberse colocado sobre una vía de uso público un sistema de seguridad bajo la forma de una malla metálica. Se trata, por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria, frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas, lo que permite considerar que se invoca el denominado hábeas corpus de tipo restringido"; Exp. N° 6976-2006-PHC/TC, caso: Aurelio Beraún Reymundo; Exp. N° 6322-2005-PHC/TC, caso: César Augusto Inca Soller; Exp. N° 01241-2010-PHC/TC, caso: Rosa Pezo Sinahuara y Otra; Exp. N° 00997-2011-PHC/TC, caso: Carlos Manuel Colán Villegas; Exp. N° 01287-2011-PHC/TC, caso: Renzo Yuri Pimentel Ojeda y otro a favor de Zaira Teresa Cáceres Guevara y otros; Exp. N° 05841-2006-HC/TC, caso: Luis Kono Paredes Quispe y otros; Exp. N° 05766-2009-PHC/TC, caso: Herlado Erasmo

domicilio⁽¹⁰⁷⁾, la vigilancia domiciliaria sin sustento⁽¹⁰⁸⁾); los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”⁽¹⁰⁹⁾. Por ejemplo, el TC declaró fundada la demanda sobre la

Blas Flores; Exp. N° 01970-2011-PHC/TC, caso: José Teófilo Aranda Gore y otros; Exp. N° 5970-2005-PHC/TC, caso: Pedro Emiliano Huayhuas Ccopa; Exp. N° 04194-2010-PHC/TC, caso: Demetrio Alfredo Flores Goicochea; Exp. N° 10101-2005-PHC/TC, caso: Teodorico Juan Alfaro Cárdenas; Exp. N° 2508-2005-PHC/TC, caso: Sergio Augusto Lucero Gonzales; Exp. N° 5573-2006-PHC/TC, caso: Carlos Patiño Urco.

(107) Exp. N° 02675-2009-PHC/TC, caso: Luis Fernando Estalishao Tudela Rosel; Exp. N° 01305-2010-PHC/TC, caso: Marcelino Bendita Calla a favor de Eddison Moreno Quispe y otros; Exp. N° 5970-2005-PHC/TC; Exp. N° 7455-2005-PHC/TC; Exp. N° 2064-2009-PHC/TC, caso: Deny Martín Bayona Peláez.

(108) Exp. N° 01241-2010-PHC/TC, caso: Rosa Pezo Sinahuara y Otra; Exp. N° 05100-2009-PHC/TC, caso: Rosario Liliana Becerra Uribe; Exp. N° 00383-2010-PHC/TC, caso: Dominga Manrique Huanca de Jove en derecho propio y a favor de Jorge Jove Mamani y otros.

(109) Exp. N° 10101-2005-PHC/TC, caso: Teodorico Juan Alfaro Cárdenas; Exp. N° 2508-2005-PHC/TC, caso: Sergio Augusto Lucero Gonzales; Exp. N° 5970-2005-PHC/TC, caso: Pedro Emiliano Huayhuas Ccopa; Exp. N° 4900-2005-PHC, caso: Alfonso Orrego Moreno; Exp. N° 6322-2005-PHC/TC, caso: César Augusto Inca Soller; Exp. N° 2665-2006-PHC/TC, caso: José Luis Cáceres Echegaray; Exp. N° 05559-2009-PHC/TC, caso: Giovanni Danti Gamarra Puertas; Exp. N° 00383-2010-PHC/TC, caso: Dominga Manrique Huanca de Jove en derecho propio y a favor de Jorge Jove Mamani y otros; Exp. N° 6936-2005-PHC/TC, caso: Crisólogo Motta Arenas; Exp. N° 02105-2011-PHC/TC, caso: Edith Pilar Palacios Jiménez; Exp. N° 02429-2009-PHC/TC; Exp. N° 2064-2009-PHC/TC, caso: Deny Martín Bayona Peláez; Exp. N° 6976-2006-PHC/TC, caso: Aurelio Beraún Reymundo; Exp. N° 05151-2009-PHC/TC, caso: Dery Jesús Gomero Tejeda; caso: Máximo Alí Solaligue Jara en esta sentencia se recuerda la doctrina acerca de la aplicación del hábeas corpus restringido que se aplica a lo siguiente: “(i) la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; (ii) los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; (iii) las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; (iv) las

base de la vigilancia de la que es objeto el demandante y su familia en el inmueble que habita, respecto al cual, según consta en autos, existe un conflicto legal sobre la propiedad de dicho predio⁽¹¹⁰⁾”.

Asimismo, ha sostenido: “debe quedar claro que toda intervención o actuación policial debe resultar coherente con el diseño constitucional y legal establecido, y es que si los miembros de la Policía Nacional citan de manera reiterada e injustificada a una persona, o realizan una vigilancia domiciliaria injustificada, no cabe la menor duda que dicha actuación estará comprendida dentro de los supuestos proscritos por el ordenamiento jurídico”⁽¹¹¹⁾. Sin embargo, el TC rechazó un hábeas corpus restringido al considerar que “las investigaciones realizadas por la Policía Nacional del Perú en el marco de sus atribuciones no constituyen de por sí un hecho que, de acuerdo al fundamento anteriormente expuesto, sea una amenaza cierta ni de inminente realización que pueda afectar la libertad individual del accionante, por cuanto no existe seguridad de que el Ministerio Público solicite,

continuas retenciones por control migratorio; o (v) la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, entre otros”.

(110) Exp. N° 6936-2005-PHC/TC; caso: Crisólogo Motta Arenas: “A fojas 6 y 7 de autos constan las cartas notariales de fechas 6 y 11 de junio de 2005, respectivamente, dirigidas por el recurrente al emplazado, en las que le pide el retiro de las personas ubicadas frente a su domicilio, las que actuando por su encargo, vienen perturbando su libre tránsito. Asimismo, el emplazado, mediante carta notarial obrante a fojas 10, reconoce que efectivamente ha contratado a las personas que se encuentran apostadas en el ingreso del inmueble que ocupa el recurrente: ‘En relación a las personas que están en la puerta de mi propiedad son personal de seguridad que está protegiendo mi bien y que con todo derecho que me asiste puedo contratar’. También, corre a fojas 12 y 13 de autos, la toma de dicho de los emplazados, quienes reconocen el hecho de que los referidos vigilantes han sido contratados por don Konrad Linder Orihuela. De fojas 23 a 25 de autos obran las copias legalizadas del cuaderno de ocurrencias que confecciona el personal de seguridad contratado por el emplazado, donde se puede advertir que, efectivamente, existe un registro diario, pormenorizado y detallado de las actividades que realiza el demandante y su familia, las horas de salida y regreso de su domicilio, las personas que lo acompañan, los vehículos que usa, con quienes los usa, las visitas que tiene, las personas que ingresan a su hogar, etc.”.

(111) Exp. N° 04613-2007-PHC/TC, caso: Guillermo Chamochumbe Ysmodes.

durante la tramitación de la investigación policial seguida contra el recurrente, la imposición de un mandato de detención preliminar al órgano jurisdiccional”⁽¹¹²⁾.

7. Por su parte, la denominación de hábeas corpus conexo proviene justamente del hecho de que esta modalidad de acción de garantía se relaciona con la protección de otros derechos constitucionales, distintos a la libertad personal, pero que tienen conexión o vinculación con esta⁽¹¹³⁾. No se protege directamente la libertad personal porque de ser así estaríamos ante cualquier otra modalidad de hábeas corpus [preventivo, reparador, instructivo]; de tal modo que su sola existencia sería reiterativa e innecesaria dentro de la legislación constitucional y la construcción doctrinal.

El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado respecto al *hábeas corpus conexo* lo siguiente: “Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con este. Adicionalmente, permite que los derechos inno- minados –previstos en el artículo 3 de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados”⁽¹¹⁴⁾.

La doctrina constitucional está de acuerdo en señalar que la libertad individual no debe entenderse en sentido físico, sino jurídico,

(112) Exp. N° 03312-2008-PHC/TC, Caso: Andrés Inocencio Apaza Paredes.

(113) Cfr. DONAYRE MONTESINOS, Christian, *El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional*, cit., p. 265; PEREIRA CHUMBE, Roberto, *Comentario al Artículo 200° inciso 1; en La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, T. II, 1068.

(114) Véase, la Sentencia recaída en el Exp. N°2663-2003-HC/TC, caso: Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca.

en el sentido de que el agraviado debe tener el derecho y no poder ejercerlo⁽¹¹⁵⁾. La libertad individual posee un alcance mayor que la libertad personal⁽¹¹⁶⁾. Uno de los derechos reconocidos dentro de la libertad individual es el de la libertad personal⁽¹¹⁷⁾.

La ley fundamental establece que el hábeas corpus procede contra cualquier autoridad que vulnera o amenaza la libertad individual o **los derechos constitucionalmente conexos**. Queda claro, entonces, que según el texto constitucional el hábeas corpus no procede de manera única y exclusiva contra los actos que amenacen y afectan la libertad individual –tal como históricamente se lo había entendido–, sino también contra actos que amenacen **los derechos constitucionalmente conexos**. Con la expresión derechos conexos a la libertad individual se busca ampliar los derechos que pueden ser tutelados por el hábeas corpus⁽¹¹⁸⁾.

La Constitución y el mismo Código Procesal Constitucional, al señalar que el hábeas corpus puede interponerse si es que una autoridad afecta la libertad individual o los derechos conexos a ella, dentro de la referencia a la autoridad, se incluye claramente a los representantes del Ministerio Público⁽¹¹⁹⁾.

Se destaca también que en el hábeas corpus conexo no solo se tutela el derecho de defensa, el debido proceso⁽¹²⁰⁾ y la inviolabilidad

(115) Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, RAO, 5ª ed., 1996, p. 816.

(116) Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana, *El Proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 93.

(117) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “El Derecho a la Libertad personal: Contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias”, en: *Estudios Constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2002, pp. 27 y ss.

(118) Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 116.

(119) Véase, la STC recaída en el Exp. N° 6204-2006-PHC/TC, caso: Jorge Samuel Chávez Sibina.

(120) Véase, HINOSTROZA PARIACHI, César, “El Hábeas Corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional Peruano”, en: *El Derecho Procesal Cons-*

del domicilio⁽¹²¹⁾, sino otros derechos constitucionales, pues el último párrafo del art. 25° solo menciona al debido proceso y a la inviolabilidad de domicilio como casos especiales de derechos protegidos⁽¹²²⁾; de tal modo que se trata de una lista abierta y no cerrada. La infracción al debido proceso encierra la protección a una variedad de derechos como la doble instancia, el deber de motivar las resoluciones, el procedimiento predeterminado por ley, la cosa juzgada⁽¹²³⁾, etc.

La lista de derechos regulados en el hábeas corpus solo es enunciativa y de ninguna manera debe entenderse cerrada⁽¹²⁴⁾; de tal modo que la interpretación debe ser abierta, atenta a los cambios sociales y a los desarrollos internacionales que pueden incorporar de manera paulatina otra serie de derechos⁽¹²⁵⁾. Así, por ejemplo, ha ocurrido con

titucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde, Lima, Grijley, 2005, T. I, p. 502.

(121) La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 06765-2006-PA/TC, caso: Pedro Urgano Arriola Medrano, ha señalado que “En lo que importa al derecho a la inviolabilidad de domicilio, el Tribunal Constitucional debe expresar que dicho atributo puede tutelarse a través del proceso de hábeas corpus y no en el proceso de amparo conforme lo señala la parte final del artículo 25° del Código Procesal Constitucional; no obstante ello y por celeridad procesal tomando en cuenta que dicho derecho podría estar vinculado a la afectación de la paz y tranquilidad (artículo 2°, inciso 22 de la Constitución), resulta necesario que el Tribunal Constitucional emita pronunciamiento sobre el particular”.

(122) Cfr. CASTILLO CÓRDOBA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Palestra, 2ª ed., 2006, T. II, p. 603.

(123) Cfr. MELÉNDEZ SÁENZ, Jorge, “Análisis del Modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional”, en: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, T. I, p. 488.

(124) Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana, *El Proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional*, cit., pp. 94 y 99; MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del Código procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 222; LANDA ARROYO, César, “El Hábeas Corpus en el Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano”, en: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, T. I, cit., p. 476.

(125) Véase, la sentencia del TC recaída en el Exp. N° 8278-2005-PHC/TC, caso: Elba Rosa Mazulis Ubillús en donde se señala: “Esto es así en la medida que el

el derecho a la verdad, la libertad y seguridad personales, el derecho a la vida, a la integridad corporal, el derecho de residencia, al juez imparcial⁽¹²⁶⁾, etc.

VII. EL DEBER DE MOTIVAR LOS DICTÁMENES ACUSATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. La acusación es entendida como “un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado”⁽¹²⁷⁾.

hábeas corpus es un proceso constitucional autónomo, en el cual el Juez constitucional asume un rol tutelar del derecho fundamental a la libertad personal y de los derechos conexos a este, de acuerdo con el artículo 200°, inciso 1 de la Constitución. Por ello, el ámbito de protección del proceso constitucional de hábeas corpus debe ser visto desde una perspectiva amplia, según la cual es irrazonable establecer, a priori y en abstracto, un *numerus clausus* de derechos fundamentales conexos a la libertad personal a efectos de su tutela, así como excluirlos a efectos de su protección”. También la STC recaída en el Exp. N° 2339-2006-PHC/TC, caso: Luis Alberto Aristizábal Quintero; Exp. N° 8696-2005-PHC/TC, caso: Roger Montesinos Ayca; Exp. N° 8303-2005-PHC/TC, caso: José Moisés Zegarra Tamayo; Exp. N° 9672-2005-PHC/TC, caso: Vidal Wilfredo Celis Arias; Exp. N° 6779-2005-PHC/TC, caso: Luis Alberto Pérez Díaz; Exp. N° 5033-2005-PHC/TC, caso: Abel Zacarías Palacín Rojas; Exp. N° 5872-2005-PHC/TC, caso: Pedro Luis Echevarría de la Cruz; Exp. N° 4098-2005-PHC/TC, caso: Roberto Enrique Vásquez Panduro; Exp. N° 9057-2005-PHC/TC, caso: Mario Gallegos Montesinos.

(126) Véase, la STC recaída en el EXP. N° 9057-2005-PHC/TC, caso: Mario Gallegos Montesinos.

(127) Véase, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2010.

2. El TC peruano ha señalado que en la formulación de la acusación escrita es necesario que exista una identificación clara y precisa del representante del Ministerio Público que suscribe y hace suyo el mencionado documento, situación que no se subsana bajo ninguna forma, aun cuando en el juicio oral los magistrados, tanto jueces y fiscales, se encuentren debidamente identificados⁽¹²⁸⁾. No se permite que los fiscales tengan identidad secreta o reservada. Se ha declarado que “no es preciso que todos los jueces y fiscales intervinientes hayan tenido identidad secreta. Evidentemente, el vicio de invalidez que implica la imposibilidad de conocer la identidad de las autoridades encargadas de ejercitar la acción penal (en el caso de los fiscales) o de aquellas encargadas de conducir y resolver el proceso (en el caso de los jueces), no viene determinado por un factor cuantitativo, sino cualitativo”⁽¹²⁹⁾. En este orden de ideas se ha remarcado que en el caso de los jueces (y también los fiscales) el costo económico que pudiera suponer resguardar, con las más estrictas garantías, la vida de aquellos encargados de administrar justicia en tiempos de convulsión social, será siempre menor al costo institucional (y, por ende, económico, político y social) que supondría desterrar la garantía del juez natural, al impedirse, ocultando su identidad, evaluar su imparcialidad y competencia⁽¹³⁰⁾.

(128) Exp. N° 9403-2006-PHC/TC, caso: Edwin Jhon Mamani Benito: “En el presente caso, como quedó dicho, fue un fiscal no identificado quien formuló acusación sustancial y, de conformidad con lo opinado en dicha acusación, se estimó que existía mérito para pasar a juicio oral contra el recurrente, lo que, en atención a lo expuesto, en modo alguno podría considerarse ‘subsano’ por el hecho de que en el juicio oral participaran fiscales y jueces identificados”; Exp. N° 3563-2004-HC/TC, caso: Armando Antezana Palomino; Exp. N° 2420-2005-PHC/TC, caso: Pedro Pascual Peña Noblecilla.

(129) Exp. N° 02408-2008-PHC/TC, caso: Vidal Ciro Huallpa Mamani; Exp. N° 2420-2005-HC/TC, caso: Pedro Pascual Peña Noblecilla; Exp. N° 1558-2005-HC/TC, caso: Edwin Orlando Rivera Gamarra; Exp. N° 9403-2006-HC/TC, caso: Edwin Jhon Mamani Benito; Exp. N° 3563-2004-HC/TC, caso: Armando Antezana Palomino.

(130) Exp. N° 0297-2003-HC/TC; Exp. N° 2003-HC/TC, F.J. 3; Exp. N° 0399-2003-HC/TC; Exp. N° 0421-2003-HC/TC; Exp. N° 1138-2003-HC/TC.

El TC peruano ha negado en muchas oportunidades la posibilidad de poder controlar constitucionalmente la acusación escrita del Ministerio Público al razonar que “en lo que respecta a la denuncia de afectación a los derechos reclamados en sede fiscal se debe precisar que si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, o al formular la acusación fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que sus actuaciones con ocasión de la investigación preliminar, son postulatorias a lo que el juzgador resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad toda vez que ante una eventual denuncia o acusación fiscal será el juez penal competente el que determine **la restricción de la libertad personal** que pueda corresponder al inculpado en concreto”⁽¹³¹⁾. Se alega que la falta de

(131) Exp. N° 02590-2011-PHC/TC, caso: Eduardo Rafael Ninalaya Martínez; Exp. N° 02189-2011-PHC/TC, caso: Víctor Hugo Elías Mateo Giusti; Exp. N° 02640-2011-PHC/TC, caso: Matilde Florencia Quispe Bellido; Exp. N° 01726-2011-PHC/TC, caso: Efraín Jonel Urbina Vega; Exp. N° 01308-2011-PHC/TC, caso: Ananías Wilder Narro Culque; Exp. N° 03917-2010-PHC/TC, caso: Edgar Edmundo Carrión Sandoval a favor de Marco Antonio Benavides Bargallo; Exp. N° 00959-2011-PHC/TC, caso: Luis Boza Quispe y otro; Exp. N° 709-2011-PHC/TC, caso: Marcelino Pauca Cancho; Exp. N° 04171-2010-PHC/TC, caso: Lizandro Muños Núñez; Exp. N° 00249-2011-PHC/TC, caso: Fabio Luque Pablo Hernán; Exp. N° 03268-2011-PHC/TC, caso: Julio Alfredo Castro Castilla a favor de Giancarlo Javier Rojas Lobatón; Exp. N° 02744-2011-PHC/TC, caso: Desiderio Montalvo Aquino a favor de Ricardo Germán Montalvo Rafael; Exp. N° 04004-2010-PHC/TC, caso: Luis Alberto Flores Meléndez; Exp. N° 2376-2011-PHC/TC, caso: Pablo Vicente Flores Tiznado; Exp. N° 00561-2011-PHC/TC, caso: Jorge John Delgadillo Sánchez; Exp. N° 04153-2011-PHC/TC, caso: Félix Paulo Ramos Fernández a favor de Gregorio Roberto Pariona Villagaray; Exp. N° 01794-2010-PHC/TC, caso: Julio Rolando Salazar Monroe; Exp. N° 2670-2011-PHC/TC, caso: Yuri Galarreta Benel; Exp. N° 02478-2011-PHC/TC, caso: Christian Mendoza Baez; Exp. N° 00388-2011-PHC/TC, caso: Saúl Alejandro Arana Rodríguez; Exp. N° 00093-2011-PHC/TC, caso: José Isabel Lecca Merreros; Exp. N° 03204-2011-PHC/TC, caso: David César Melo Quispe; Exp. N° 02119-2010-PHC/TC, caso: Vidal Condori Chile; Exp. N° 06735-2008-PHC/TC, caso: Javier Nicolás Zapata Peña; Exp. N° 02633-2011-PHC/TC, caso: Joran An-

motivación de la acusación fiscal no posee incidencia directa en la libertad individual⁽¹³²⁾.

3. El TC peruano en otro pronunciamiento acerca de la fundamentación de la acusación fiscal tuvo la oportunidad de señalar que “sobre la alegada omisión de valoración de todos los medios probatorios, lo que se traduciría en una insuficiencia probatoria para sostener la acusación, cabe señalar que la valoración y/o la determinación de la suficiencia de los medios probatorios, así como la determinación de la inocencia o la responsabilidad penal del imputado, es un asunto que corresponde ser dilucidado únicamente por el juez ordinario al momento de expedir la sentencia, y que por tanto, escapa de la competencia del juez constitucional. En concreto, no es pues facultad del juez del hábeas corpus analizar la validez o no de la acusación fiscal –que implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades in-

dreas Petrus Van Der Sloot; Exp. N° 03941-2011-PHC/TC, caso: Julio César Flores Camargo; Exp. N° 01464-2011-PHC/TC, caso: Abel Antonio Sánchez Chacón; Exp. N° 02959-2011-PHC/TC, caso: Ana Cecilia Hurtado Huailla a favor de Carlos José Torres Llosa Espinosa; Exp. N° 05674-2009-PHC/TC, caso: Alfredo Guillermo Gutiérrez Díaz; Exp. N° 02624-2010-PHC/TC, caso: Víctor Napoleón Cabrera Zolla; Exp. N° 02221-2011-PHC/TC, caso: Leoncia Leonardo Guerrero; Exp. N° 00371-2009-PHC/TC, caso: José Agapito Vilca Yanarico; Exp. N° 03165-2011-PHC/TC, caso: Narciso Efraín Jara Peña; Exp. N° 03782-2008-PHC/TC, caso: Julio César Carbajal Cayllahua; Exp. N° 02107-2011-PHC/TC, caso: Emilio José Zavala Romero; Exp. N° 04239-2010-PHC/TC, caso: Flor Patricia Cossio Medina de Vidal; Exp. N° 02817-2011-PHC/TC, caso: Lelio Nelson Balarezo Young; Exp. N° 00476-2008-PHC/TC, caso: José Luis Velásquez Lazo; Exp. N° 00077-2011-PHC/TC, caso: Juan Miguel Álvarez Morán; Exp. N° 04207-2010-PHC/TC, caso: Luis Miguel Retamozo Retamozo; Exp. N° 01394-2011-PHC/TC, caso: Juan Pompeyo Ramírez Moreno; Exp. N° 02480-2011-PHC/TC, caso: Leonel Douglas Álvarez Villacorta; Exp. N° 02888-2011-PHC/TC, caso: Doris del Carmen Velásquez Crespín; Exp. N° 00667-2011-PHC/TC, caso: Ángel Arturo Castro Flores; Exp. N° 01670-2011-PHC/TC, caso: María de los Ángeles Cornejo Guerrero; Exp. N° 03918-2010-PHC/TC, caso: Sara Edith Zamora Romero; Exp. N° 00589-2010-HC/TC, caso: Pedro Llacsahuanga Sánchez; Exp. N° 00720-2011-PHC/TC, caso: Ángel Levi Taipe Carbajal; Exp. N° 01018-2011-PHC/TC, caso: Isaac Bernabé Peralta Melendez.

(132) Exp. N° 00610-2011-PHC/TC, caso: Jaimer Diomed Jiménez Borda.

vestigatorias y de la valoración de las pruebas— como sí de una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad efectiva, por lo que, en este extremo, la pretensión también resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de la libertad”⁽¹³³⁾.

Uno de los aspectos más críticos y censurables de la jurisprudencia constitucional peruana es que ha renunciado de forma expresa y reiterada a realizar el control correspondiente, vía una acción de garantía (hábeas corpus o amparo), a la formulación de la acusación escrita llevada a cabo en nuestro sistema por el representante del Ministerio Público. Bajo el pretexto de que los requerimientos del Ministerio Público son postulatorios y no decisorios y de que su posición es peticionante y que no juzga, prácticamente anula cualquier posibilidad de que se efectúe el análisis constitucional de uno de los actos finales y más importantes en el proceso penal como es el caso de la emisión de un dictamen acusatorio.

En ese sentido, resulta por demás inverosímil y extraño que se permita el control constitucional de una serie de actos del Ministerio Público: la vigencia del plazo razonable, el *ne bis in ídem*, el principio de imputación necesaria, se reconozca que puede hacerse el control de la justificación de la resolución fiscal de archivo, de la resolución que declara fundada la queja de derecho y no se permita verificar la constitucionalidad del acto más importante, crucial y decisivo que desarrolla el Ministerio Público en el seno del proceso penal como es la expedición de una acusación escrita por la que pide razonablemente que una persona sea llevada a juicio y se le imponga una determinada condena. Carece de lógica que se controle desde el punto de vista constitucional actos menores del Ministerio Público en cuanto a su relevancia jurídica y se renuncie tan fácilmente a controlar el acto más trascendente que desempeña el Ministerio Público en un Estado Constitucional como es realizar la función de acusar.

4. El no controlar los requerimientos acusatorios por parte de la justicia constitucional y ordinaria supone en buena cuenta autorizar

(133) Exp. N° 03689-2008-PHC/TC, caso: Mildo Eudocio Martínez Moreno.

la violación a los principios constitucionales y convencionales de ser informado de la imputación.

El derecho a ser informado de la acusación se encuentra regulado en el artículo 8°, 2°, b de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹³⁴⁾; el artículo 9°, inciso 2, y el artículo 14°, 3, a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽¹³⁵⁾, y el artículo 139°, incisos 14 y 15, de la Constitución Política del Estado⁽¹³⁶⁾. Se trata de una garantía judicial que se extiende a cualquier tipo de procedimiento judicial, administrativo o fiscal. El derecho a ser informado de la imputación se constata a través de la adecuada motivación de la acusación escrita que según mandato expreso debe producirse de manera detallada, previa y minuciosa. No existe posibilidad de verificar el cumplimiento del principio constitucional y garantía judicial del derecho a ser informado de la imputación, inherente al sistema

(134) Artículo 8°. Garantías Judiciales

“2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b. **comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”.**

(135) Artículo 9°.-

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Artículo 14

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) **A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.**

(136) Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. **Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención.** Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

15. **El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.**

de los derechos humanos, al margen del cumplimiento del deber de motivar las resoluciones (fiscales); de tal manera que si no se analiza previamente la motivación exhaustiva y minuciosa de la acusación, tanto desde el punto de vista interno como externo, no es posible determinar si de manera efectiva y real se ha cumplido con el deber de información de la acusación a la persona sometida a proceso.

Queda claro, entonces, que cuando el TC peruano niega la posibilidad de discutir y controlar a través del hábeas corpus los requisitos y la justificación racional de la acusación fiscal escrita, lo que en buena cuenta hace es negar y desconocer la vigencia de una garantía judicial –elevada a la categoría de derecho humano por los Tratados Internacionales– como es el derecho a ser informado de la acusación. Pocas veces se advierte un comportamiento tan errático y contrario a la vigencia de una de las garantías básicas del sistema de justicia, siendo llamativo que este error provenga del propio Tribunal Constitucional.

La única manera de que dicha situación de franco desconocimiento a una de las garantías de la administración de justicia penal se supere es que el TC peruano a través de su jurisprudencia, pase a reconocer la posibilidad de control constitucional de las acusaciones escritas como única vía para proteger de manera eficaz los derechos de los ciudadanos sometidos a proceso y cuya situación se discutirá en un juicio público.

5. Con todo, pese a que la jurisprudencia del TC peruano niega como regla el control constitucional de la acusación fiscal, la jurisprudencia constitucional, perteneciente al Poder Judicial, en algunos de sus fallos más relevantes reconoce la posibilidad de fiscalizar constitucionalmente la acusación escrita del Ministerio Público y lo hace de manera directa abordando la problemática de la motivación de la acusación escrita de la mano del principio de proporcionalidad y razonabilidad⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁷⁾ Véase, la Sentencia del Exp. N° 021-2007/HC de fecha 21 de marzo de 2007, expedida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que señala: “la presente demanda tiene por objeto cuestionar

En efecto, si bien una acusación debe realizar una descripción amplia y detallada de los diversos delitos debe justificar, además, de manera razonada la imputación individualizada a cada uno de los intervinientes en los hechos que se solicita llevar a juicio y por los cuales se pide la correspondiente condena. La acusación personal e individualizada debe efectuarse de manera lógica, congruente y detallada. No basta referencias genéricas o superficiales a la intervención como autor o partícipe en determinados hechos punibles.

En un caso sumamente relevante la justicia constitucional ordinaria declaró fundado un hábeas corpus y dispuso la nulidad de la acusación fiscal debido a que el requerimiento del Ministerio Público se basó en la declaración de uno de los procesados y la valoración de una carta de una empresa dirigida a detener un embarque de droga

la validez del dictamen acusatorio de fecha seis de agosto del dos mil uno alegando estando a que no ha sido debidamente motivada bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, estando a las atribuciones conferidas al Fiscal Superior en lo Penal previstas en el artículo noventa y dos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo texto expresa en el inciso cuarto, primer párrafo: "Formular acusación sustancial si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad del inculcado; o meramente formal, para que oportunamente se proceda al juzgamiento del procesado, si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad. En ambos casos la acusación escrita contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordenada de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido; la calificación del delito y la pena y la reparación civil que propone"; segundo párrafo: "En la acusación formal ofrecerá las pruebas que estime necesarias para establecer plenamente la responsabilidad del acusado y señalará el plazo en que se actuarán"; tercer párrafo: "Para este último efecto instruirá, independiente y detalladamente, al Fiscal Provincial que intervino en el proceso penal o al titular o al Adjunto que designe en su reemplazo, para la actuación de las pruebas en la investigación policial ampliatoria que se llevará a cabo en el plazo señalado, con la citación oportuna, bajo responsabilidad, del acusado y su defensor"; cuarto párrafo: "Las pruebas así actuadas serán ratificadas en el acto del juzgamiento"; ello en concordancia con el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales, referido al contenido de la acusación fiscal, detallando en el inciso segundo: "La acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad".

ilícita. La Sala señaló que le corresponde al Fiscal superior fijar en su dictamen acusatorio la concreción de cada una de las imputaciones, según los principios y derechos previstos en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo ciento treinta y nueve del mismo cuerpo de leyes⁽¹³⁸⁾.

En otro caso muy interesante, desde el punto de vista de la vigencia de los derechos fundamentales, se realizó el control constitucional de un dictamen acusatorio enfatizando en la necesidad de los siguientes: i) La acusación cumpla con precisar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen su responsabilidad; ii) El requerimiento fiscal debe cumplir con la apreciación (externa e interna) de las pruebas que existan contra el demandante. Para ello se debe acatar de manera acabada y puntual con los alcances del artículo 225° del C. de PP y el artículo 94°, inc. 2, de la LOMP. Asimismo, se recuerda y hace hincapié que los representantes del Ministerio Público deben cumplir con las normas administrativas y disciplinarias que imponen a los fiscales el deber de motivar sus resoluciones, entre ellas, los requerimientos acusatorios⁽¹³⁹⁾.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que resulta incuestionable que existe un deber constitucional de controlar los actos realizados por el Ministerio Público. La actuación del Ministerio Pú-

⁽¹³⁸⁾ Véase, la sentencia del Exp. N° 021-2007/HC de fecha 21 de marzo de 2007, expedida por la Quinta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁽¹³⁹⁾ Véase, la sentencia del Exp. N° 023-2008/HC de fecha 14 de noviembre de 2008, expedida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín: "Que, la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 73-95-MP-FN, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el dos de febrero de dos mil cinco establece que los dictámenes que se expidan deben ser debidamente motivados con la exposición de fundamentos de hecho y de derecho, y no limitarse a enumerar las diligencias que se hayan actuado durante la Instrucción. (inciso "c", del art. 2° de la Circular N° 1). No está de más advertir que el inciso 'k', del artículo 23° del ROF de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público establece que es infracción que merece medida disciplinaria el emitir dictámenes y resoluciones con falta de adecuado estudio, motivación y fundamentación".

blico, en el marco de la emisión de una acusación fiscal, en la medida en que solicita al órgano jurisdiccional la expedición de una condena y una determinada dosis de pena, define la situación de un procesado convirtiéndolo en acusado, por lo que debe cumplir con determinados principios constitucionales, como son los principios de proscripción de la arbitrariedad y el de individualización de cada una de las imputaciones. Desde esta perspectiva, es necesario precisar que constituye un derecho de todo sujeto que se encuentra inmerso en un proceso penal el recepcionar de los órganos fiscales y/o jurisdiccionales, resoluciones y dictámenes cuyo contenido se encuentre debidamente motivado, tanto en lo que respecta a la conducta que se le imputa al justiciable, así como respeto a los elementos probatorios que sustentan la referida acusación. Solo una acusación debidamente motivada puede importar la no vulneración del derecho a ser informado de la acusación, el mismo que se encuentra reconocido, expresamente en el artículo 8°, inc. 2), literal b de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto establece lo siguiente: “art. 8°, Garantías Judiciales. 2.- Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Véase, la Sentencia del Exp. N° 080-2009/HC de fecha 7 de enero del 2010, expedida por la Cuarta Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima: “Específicamente en el presente caso, es materia de cuestionamiento, por parte del demandante, el dictamen acusatorio que obra a fojas 26, siendo el caso que al realizar la lectura del mismo, se puede concluir que esta no describe de manera clara los cargos imputados contra el favorecido, aunado al hecho que la representante del Ministerio Público no sustenta su acusación en elementos probatorios. Y es que, en efecto, la condición de acusado, puesta así por una resolución fiscal que no detalló en lo mínimo las conductas individualmente reprimibles, no solo violenta el derecho a obtener una imputación concreta y que a todo imputado le sea explicitado el contenido o núcleo de lo injusto atribuido por la acusación fiscal (en este caso el delito de usurpación). Dicha actuación fiscal pone en peligro la situación jurídico-procesal del imputado, por cuanto lo puede conducir a una eventual sentencia condenatoria que en este caso al parecer se dictará (el Juez de la causa penal ha citado al favorecido a la lectura de su sentencia para el día 11 de diciembre de 2009) por lo que si existe conexión directa del derecho al debido proceso

6. Finalmente, no deja de llamar la atención que mientras la vigencia del derecho a ser informado de la acusación se pasa por alto por el máximo intérprete de la Constitución tanto la legislación procesal vigente, los desarrollos jurisprudenciales de la justicia ordinaria como incluso los precedentes vinculantes de la Corte Suprema reconocen la posibilidad de escudriñar la compatibilidad constitucional de las acusaciones fiscales a través del instituto del control de acusación. Resulta sumamente interesante destacar que lo que la justicia constitucional evita conocer es tomado en cuenta y aplicado por la justicia ordinaria para controlar la petición de condena del Ministerio Público.

En efecto, el **Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116** de 13 de noviembre de 2010 ha señalado: “La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional (...) Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones”⁽¹⁴¹⁾.

Según este acuerdo plenario, al juez le corresponde ordenar cuando corresponda la subsanación de la acusación fiscal en los siguientes casos: “(i) que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente

vulnerado (y los derechos instrumentales citados) como derecho conexo y directamente referido a la libertad individual del favorecido”.

(141) “Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal”.

—no circunstanciado—, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado”⁽¹⁴²⁾. En el NCPP: “La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal —ese, y no otro, es su ámbito funcional—”⁽¹⁴³⁾.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LOS DICTÁMENES NO ACUSATORIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Ministerio Público, titular del ejercicio de la acción penal (art. 159° de la Const.) y defensor de la legalidad (art. 1° de la LOMP) tiene la obligación de justificar el razonamiento de no mantener el ejercicio de la acción penal al decidir no acusar (imputar) la comisión de un delito de una persona. El dictamen no acusatorio supone en buena cuenta una inequívoca manifestación de voluntad del Ministerio Público por el cual el encargado de la persecución penal decide no llevar a juicio a una persona y desiste realizar la petición de una sanción jurídico-penal. Como señala AROCENA: “El requerimiento fiscal

⁽¹⁴²⁾ Véase, el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 de 13 de noviembre de 2010.

⁽¹⁴³⁾ El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2010 señala: “El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral —con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones— solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352°.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular”.

que funda el sobreseimiento debe aportar suficientes argumentos, tendientes a justificar la falta de viabilidad o de fundamento de una concreta pretensión penal, claramente individualizada en sus extremos objetivos y subjetivos⁽¹⁴⁴⁾”.

La obligación de motivar las resoluciones fiscales demanda tanto justificar el dictamen acusatorio como obliga a razonar el dictamen no acusatorio. Ambas resoluciones deben contar con un razonamiento justificatorio adecuado que demuestre y acredite que la resolución del Ministerio Público no es arbitraria, sino que se trata de una decisión que aporta buenas razones.

2. El órgano jurisdiccional, y entendemos también de manera subsidiaria y excepcional la jurisdicción constitucional, debe controlar de manera eficaz el pronunciamiento no acusatorio del Ministerio Público, tanto en lo que se refiere a la justificación de los hechos, la adecuada ponderación de la prueba –excluyendo una valoración arbitraria y sesgada de los elementos de convicción– y la calificación jurídica de los hechos. El Ministerio Público tanto cuando acusa como cuando decide no acusar no es soberano y onnipotente en el ejercicio de sus facultades, sino que las mismas debe ejercerlas de acuerdo a los principios y valores constitucionales, y en franco respeto a los derechos fundamentales.

La regla que rige en este ámbito es que toda decisión del Ministerio Público debe encontrarse debidamente fundamentada, respetando los estándares constitucionales y legales.

La Corte Suprema de Justicia en un precedente vinculante ha fijado justamente la obligación constitucional de motivar las decisiones fiscales, reconociendo la posibilidad de que el órgano jurisdiccional declare nulo el procedimiento penal por falta de motivación del dictamen no acusatorio. Así lo ha establecido en la Queja N° 1678-2006 del 13 de abril de 2007, al señalar que “es posible –asumiendo una ponderación

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso”, en: *Temas de Derecho Procesal* [Contemporáneos], cit., p. 217.

de otros derechos fundamentales en conflicto— una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil —que integra la garantía constitucional de defensa procesal— o **la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal** y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción”.

IX. EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES DE RETIRO DE ACUSACIÓN

1. En el retiro de la acusación, el fiscal debe efectuar una relación clara, circunstanciada y precisa del hecho o de los hechos sobre los cuales se pronuncia, evitando ambigüedades, de tal manera que se pueda conocer de qué hechos y por qué razones se le está separando a una persona del proceso penal.

Los actos del Ministerio Público deben ser motivados de manera específica sobre los aspectos que constituyen el núcleo de la controversia⁽¹⁴⁵⁾. La infracción al deber de motivar determina que los actos de la fiscalía puedan ser declarados nulos.

Así como el escrito de acusación presentado por el Ministerio Público para que la persona sea llevada a juicio debe ser motivado, el retiro de la acusación debe cumplir con las mismas exigencias. Se debe tratar de un pedido fundado en derecho en el que se han de establecer los aspectos esenciales de su posición. La motivación supone argumentar; de tal forma que también las decisiones del Ministerio Público en el juicio oral deben argumentarse de manera adecuada. No se trata de peticiones conclusivas y monosilábicas.

El artículo 274° del C. de PP prescribe: “Las razones que motivan el retiro deberán presentarse en conclusiones escritas”. Sin embargo, debe plantearse la atingencia que en el juicio oral el retiro de la acusación debe efectuarse oralmente. La presentación escrita solo tiene el

(145) Cfr. CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit., p. 275.

papel de dejar sentado determinadas conclusiones de los argumentos ofrecidos oralmente.

El Ministerio Público en toda su participación en el proceso penal, más aún cuando se trata de actos estructurales; v. gr. denunciar, acusar o retirar la acusación, debe fundamentar escrupulosamente y de manera acabada cada uno de sus pedidos, cumpliendo con el mandato constitucional de motivar las resoluciones estatales. Sus decisiones no deben integrarse simplemente a las decisiones jurisdiccionales.

2. El retiro de la acusación debe producirse de manera obligatoria por parte del MP cuando como consecuencia de la actividad probatoria: i) se demuestra fehacientemente la **inexistencia del delito**; ii) se acredita de manera indubitable que **no ha existido por parte del acusado la intervención en el delito que se le imputa**, pese a comprobarse la realización del mismo.

Si luego del plenario se logra demostrar, de manera contundente, la total inocencia de la persona sometida a juicio lo que corresponde técnicamente en nuestra legislación no es la sentencia absolutoria, sino **el retiro de la acusación**, en aplicación del artículo 274° del C. de PP. La doctrina procesal peruana se ha pronunciado en el sentido de que el retiro de la acusación procede cuando “deviene imposible jurídicamente para el fiscal formular acusación oral porque las nuevas pruebas actuadas en audiencia refutan de modo convincente y contundente la responsabilidad atribuida al acusado en la acusación escrita”⁽¹⁴⁶⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia parece adoptar este punto de vista al establecer la compatibilidad del retiro de la acusación: “con la presencia de elementos de prueba categóricos que acrediten la inocencia del imputado y, por tanto, permitan considerar con las etapas anteriores del proceso, que varió sustancialmente la condición jurídica del acusado”⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, *Juicio Oral*, Trujillo, Ediciones Jurídicas, 6ª ed., 2003, p. 271.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2200-2003 de fecha 29 de diciembre de 2004; en: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y Precedente*

Si el fiscal en el marco del juicio oral retira la acusación el tribunal carece de potestad para condenarlo. Ello deriva de la regla *nullum in-dex, sine actione*⁽¹⁴⁸⁾. El juicio que no tiene como base una acusación será nulo completamente [nulidad absoluta] en la medida que viola el principio acusatorio, la garantía de imparcialidad y de juicio previo⁽¹⁴⁹⁾.

3. La esencia del principio acusatorio reside no tanto en la división de tareas entre quien juzga y quien acusa, sino en la exigencia de una acción y acusación previa⁽¹⁵⁰⁾. El juez solo conoce y decide un caso en la medida que haya previamente una acusación del Ministerio Público⁽¹⁵¹⁾. Cuando el juez toma la iniciativa, la separación de acción y jurisdicción desaparece y, como dice CARNELUTTI: el juez desciende de su pedestal⁽¹⁵²⁾. En este sentido, no se puede condenar a un ciudadano sin que medie de manera previa una acusación, la cual deberá ser formulada y mantenida por los órganos constitucionales y legales que cumplen específicamente dicha función⁽¹⁵³⁾ [Ministerio Público]. La acusación no solo debe ser ejercitada, sino también mantenida por un órgano distinto al juez⁽¹⁵⁴⁾.

Ante el retiro de la acusación debe haber una decisión expresa del Tribunal. No basta que se deje constancia en la audiencia. Es necesario

penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Lima, Palestra, 2006, p. 787. En este sentido también: ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, Editorial Alternativas, 2ª ed., 1999, p. 555; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, Eddili, 1984, 8ª ed., p. 295.

(148) Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones Actuales sobre el Proceso penal*, cit., p. 106; ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 554 y ss.; CHIARA DÍAZ, Carlos, *Los jueces deben garantizar un proceso según Constitución y no conforme al procedimiento mixto*; en: [http:// www.eldial.com. arg](http://www.eldial.com. arg).

(149) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. II, p. 274; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 296.

(150) Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, cit., p. 39.

(151) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, cit., p. 101.

(152) Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal*, cit., p. 133.

(153) Cfr. ASENSIO MELLADO, José María, *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, cit., p. 19.

(154) Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, cit., p. 35.

expedir el auto de sobreseimiento correspondiente⁽¹⁵⁵⁾, el cual no debe ser impreciso⁽¹⁵⁶⁾.

Dicho auto de archivamiento definitivo presenta dos consecuencias en orden al futuro del proceso. En tanto adquiera firmeza, se trata de un acto **irrevocable** que impide que sea reformado o sustituido, aun cuando cambien las circunstancias o se modifiquen las pruebas que determinaron su expedición. Se trata de una resolución **definitiva** que impide perseguir de nuevo al asumir la calidad de cosa juzgada a favor del imputado⁽¹⁵⁷⁾.

X. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES QUE RESUELVEN INCIDENCIAS RELEVANTES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

1. El deber de motivar las resoluciones fiscales no solo se extiende a una serie concreta y muy limitada de disposiciones fiscales como la apertura de investigación preliminar, a la formalización de denuncia o de la investigación preparatoria, a la resolución de archivo definitivo de la denuncia, a la acusación escrita, al dictamen no acusatorio o el retiro de la acusación.

También dicho deber se extiende a todas aquellas resoluciones que resuelven controversias, peticiones o incidencias ya sean planteadas por las partes o terceros a lo largo de la investigación preliminar o, incluso, en el curso del proceso penal y que impliquen la necesidad de un efectivo pronunciamiento por parte del representante del Ministerio Público.

El cumplimiento del deber de motivar las resoluciones fiscales abarca a todas aquellas decisiones del representante del Ministerio

(155) Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, *Juicio Oral*, cit., p. 272; GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 296.

(156) Véase, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 372-95 del 15 de noviembre de 1995, en: Instituto de Defensa Legal, *Jurisprudencia sobre Delito de Terrorismo*, Lima, 1996, p.117.

(157) Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, T. III, cit., p. 13.

Público que resuelvan articulaciones relevantes en el curso de la investigación llevada a cabo. En este ámbito, puede también distinguirse entre decretos y disposiciones; de tal manera que solo los primeros en cuanto supongan decisiones de impulso procesal quedan exoneradas del deber de motivación constitucionalmente garantizado.

2. La jurisprudencia constitucional ordinaria realizó el control de una resolución fiscal que denegó sin motivación adecuada un medio impugnatorio (queja) presentado contra la resolución de archivo de una denuncia. El caso consistió en que frente a una denuncia por un delito el fiscal provincial dispuso el archivamiento de la misma y frente al medio impugnatorio presentado decidió rechazarlo, sin exponer razones y argumentos. Se precisó que la señora Fiscal no expuso en su resolución cuál es el sustento legal que impide al demandante impugnar, lo que advierte una motivación insuficiente que trastoca el derecho del justiciable a la debida motivación. La resolución fiscal transgredió, además, el derecho a la defensa, pues ante la falta de motivación jurídica, el justiciable obviamente desconoce las razones de por qué se rechaza su recurso impugnatorio, pese a que en un inicio se abrió investigación sobre la base de la denuncia que formuló en representación de su hermana y poderdante. Dicha jurisprudencia estimó que si la Fiscal consideraba que el actor no tiene legitimidad debió explicar en su resolución cuál es la fuente jurídica que determina esta conclusión, de igual forma, si consideró que el recurso era extemporáneo como lo ha señalado en su contestación a la demanda, debió así exponerlo y señalar también la fuente legal que le hubiera permitido al actor conocer por qué era extemporáneo su recurso, sin embargo no lo hizo y con ello se advierte que se ha transgredido en esencia y fundamentalmente el debido proceso y el derecho a la defensa⁽¹⁵⁸⁾.

La instancia superior en este caso concluyó que la fiscal en la decisión de declarar improcedente el recurso de queja planteado por el actor, no posee un marco legal cierto, toda vez que el contenido de la norma que invoca difiere mucho de lo expresado por ella en los

⁽¹⁵⁸⁾ Véase, la sentencia-recaída en el Exp. N° 940-2006-SA de fecha 31 de mayo de 2007, expedida por el Juzgado Civil de Chíncha.

escritos donde hace valer su derecho de contradicción; primero porque el ordinal en mención hace referencia a la legitimidad que debe poseer aquella persona que pretenda constituirse en parte civil entendiéndose que ya se está ante un proceso iniciado y no en una investigación preliminar; y, segundo, que dicha norma faculta sin condición alguna a cualquier justiciable a ser representado por sus personeros legales, no indicando la norma que se tenga que acreditar la insuficiencia, incapacidad o imposibilidad del interesado de no poder hacer valer sus derechos por sí mismo⁽¹⁵⁹⁾.

XI. EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES DE CONTROL INTERNO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El deber de motivar las resoluciones del Ministerio Público no solo comprende a aquellas decisiones que suponen la decisión del ejercicio de la persecución del delito y la titularidad de la acción penal. También se deben justificar las resoluciones administrativas disciplinarias que tengan que ver con el control funcional del servicio fiscal de todos los trabajadores de la carrera fiscal que laboren en el Ministerio Público, en especial, las resoluciones de la Oficina de Control Interno⁽¹⁶⁰⁾. En efecto, el órgano administrativo disciplinario del Ministerio Público debe cumplir con respetar los principios constitucionales inherentes al debido proceso administrativo y que por regla general se traducen y se hacen valer a través de una adecuada motivación de las resoluciones disciplinarias.

En ese sentido, las medidas cautelares de abstención, de suspensión funcional, de apercibimiento o de multa deben ser justificadas de manera adecuada por el órgano de control tanto en su aspecto interno como externo⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Véase, la sentencia recaída en el Exp. N° 2006-940-SA de fecha 30 de julio de 2008, expedida por la Sala Civil de Chíncha.

⁽¹⁶⁰⁾ Exp N° 6484-2008-PA/TC, caso: Carlos Guffanti Medina.

⁽¹⁶¹⁾ Exp. N° 01579-2008-PA/TC, caso: Yuri Antonio Almendáriz Gallegos: “en todo Estado Constitucional la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas es un derecho fundamental que forma parte del contenido

De manera semejante, y en tiempo más reciente, el TC peruano ha señalado el deber de motivar las resoluciones fiscales en particular las que provienen del órgano de control al no haber dado respuesta acabada ni suficiente a una queja funcional dirigida contra un juez civil que ante una demanda de amparo presentada por una empresa de tragamonedas y casinos declaró consentida la resolución expedida en primera instancia y rechazó la apelación presentada por la Dirección Nacional de Turismo, pese a que se encontraba legitimada para interponer el recurso correspondiente⁽¹⁶²⁾. Asimismo, se declaró fundada

esencial del derecho a la tutela procesal efectiva; es decir, constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Por ello, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y por lo tanto, inconstitucional”.

- (162) Exp. N° 03379-2010-PA/TC, caso: Patricia del Carmen Velasco Sáenz: “Analizadas las resoluciones fiscales cuestionadas, conviene preguntarse entonces si la pretensión penal de la recurrente de que el juez denunciado declaró consentida la sentencia y a su vez declaró improcedente la apelación formulada por la Dirección Nacional de Turismo ha sido o no adecuadamente contestada por las Fiscalías demandadas. Este Colegiado considera que las resoluciones fiscales cuestionadas (de fechas 13 de noviembre del 2006 y 18 de junio del 2007) no han contestado adecuadamente la pretensión penal de la recurrente; y ello es así porque en ambas resoluciones se ha omitido realizar un análisis del artículo 7° del Código Procesal Constitucional (norma bajo la cual se tramitó el proceso de amparo que originó la denuncia penal formulada) el cual establece que: ‘la defensa del estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso’. 9. Este Colegiado considera que al haberse centrado la pretensión punitiva de la recurrente en la alegación de que el juez denunciado declaró consentida la sentencia recaída en el proceso de amparo y luego decretó la improcedencia de la apelación formulada por la Dirección Nacional de Turismo, obligatoriamente el Ministerio Público debió tener como parámetro legal de análisis el texto expreso del artículo 7° del Código Procesal Constitucional. Y es que la conducta punible atribuida al juez denunciado desconocería, prima facie, la posibilidad de que el funcionario o la propia entidad, muy aparte del procurador público,

la demanda de amparo por vicio en la motivación, debido a que el órgano de control del MP no dio una interpretación adecuada a las normas contenidas en el artículo 562° del Código Procesal Civil y el artículo 24° de la LOPJ⁽¹⁶³⁾.

intervengan en el proceso de amparo impugnando de ser el caso una resolución que les causa agravio, situación que viene permitida por mandato del citado dispositivo legal. Por ello, al no haberse meritado en toda su extensión tal dispositivo, las Fiscalías demandadas al expedir las resoluciones cuestionadas han incurrido en indebida motivación al no haber evaluado los tipos penales denunciados de cara a una eventual legitimidad y/o legalidad de la intervención del Director Nacional de Turismo en el proceso de amparo; debiendo por ello ser estimada la demanda de amparo”.

- (163) Exp. N° 01321-2010-PA/TC, caso: Florencio Jesús Navarro Sánchez: “Conviene preguntarse entonces ¿la pretensión penal del recurrente reflejada en la alegación de que lo resuelto por la Jueza infringe lo establecido por el artículo 562° del Código Procesal Civil y el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha sido o no debidamente contestada por la Fiscalía demandada? Este Colegiado considera que la pretensión penal del recurrente no ha sido debidamente contestada toda vez que, por un lado, la interpretación realizada por la Fiscalía sobre el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta por decir lo menos arbitraria, en vista que del texto literal de ella no se advierte de modo alguno que sea una norma dispositiva o discrecional, sino que por el contrario se trata de una norma imperativa, en razón a que dicho dispositivo establece que: ‘la administración de justicia común es gratuita, en todas sus especialidades instancias y manifestaciones, para las personas de escasos recursos económicos y se accede a ella en la forma prevista por la ley’. De otro lado la Resolución Fiscal en su análisis omite pronunciarse sobre lo dispuesto en el artículo 562° del Código Procesal Civil, que establece que ‘el demandante se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales, siempre que el monto de la pensión alimenticia demandada no exceda de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal’. Como los artículos transcritos son los argumentos centrales de la pretensión punitiva del recurrente, y no han merecido una debida motivación, se evidencia que la resolución fiscal ha dejado incontestada la pretensión penal del recurrente, vulnerando su derecho al debido proceso (derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales). En consecuencia debe estimarse la demanda, a efectos que la Fiscalía emita nueva resolución sustentándose exclusivamente en razones objetivas que le plantea el caso concreto, y no en eventuales prejuicios sociales como es el hecho de que el recurrente haya demandado pensión de alimentos a su ex conviviente”.

2. El deber de motivar las resoluciones administrativas, entre ellas las disciplinarias, ha sido destacado por el TC al señalar: “La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ Exp. N° 2192-2004-AA /TC, caso: Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, en: *Doxa*, N° 8, 1990.
- ABAD YUPANQUI, Samuel, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- ALEXI, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Lima, Palestra, 2007.
- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ALONSO MAS, María José, *La Solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., Vol. I, 1999.
- AMBOS, Kai, *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los Hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.
- En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Justicia Penal, derechos y garantías*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2007.
- Cultura Constitucional de la Jurisdicción*, Bogotá, Siglo del hombre editores-Universidad Eafit, 2011.

-
- “Contra las inmunidades del poder: Una lucha que debe continuar”, en: *Revista española de derecho administrativo*, N° 93, 1997.
- ANGULO ARANA, Pedro, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Lima, Jurista Editores, 2007.
- AÑÓN, María José, “Notas sobre la discrecionalidad y legitimación”, en: *Doxa*, N° 15 y 16, 1994.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *La eficacia jurídica del principio democrático*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, N° 24, setiembre-diciembre de 1988.
- “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, N° 19, 1987.
- “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, mayo-agosto de 1986.
- AROCENA, Gustavo, “De la acusación, del In dubio pro reo y de la Garantía del debido proceso”, en: *Temas de Derecho Procesal [Contemporáneos]*, Córdoba, Edit. Mediterránea, 2001.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1995.
- ASENCIO MELLADO, José María, *La Prueba prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso penal*, Lima, INPECC, 2008.
- Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, Lima, INPECC, 2008.
- Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 6ª ed., 2012.
- Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2010.
- Principio acusatorio e imparcialidad. La inconstitucionalidad del art. 220º del Código de Procedimientos Penales*, Lima, Grijley, 2013.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- Las Razones del Derecho*, Lima, Palestra, 1ª reimpr., 2006.
- “Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en: *Isonomía*, N° 6, abril de 1997.

-
- “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, en: *Jueces para la Democracia*, 1994, N° 22.
- “El Derecho como argumentación”, en: *Isegoría*, N° 21, 1999.
- “Para una razonable definición de razonable”, en: *Doxa*, N° 4, 1987.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, en: *Doxa*, N° 10, 1991.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*. PG, Lima, Ara Editores, 2004.
- “Casación por infracción de la ley y motivación de la sentencia”, en: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.
- BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, en: *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, Ejemplar 4 - Vol. 2, N° 2 - Segundo Semestre de 2010.
- BERGHOLTZ, Gunnar, “Ratio et Autoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, en: *Doxa*, N° 8, 1990.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, Rao, 5ª ed., 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 13, 2011.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política* (Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009.
- Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª Reimp., 1999.

-
- BULYGIN, Eugenio, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho", en: *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, Ara editores, 2001.
- CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 2000.
- CANESTRARI, Stefano, "La Estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 4, Lima, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal* [Trad. de Santiago Sentís Melendo], Buenos Aires, Ejea, 1971.
- Cómo se hace un proceso*, México, Edit. Colofón, 6ª ed., 2002.
- CASSAGNE, Juan carlos, *El Principio de Legalidad y el Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana, *El Proceso de hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima, Grijley, 2013.
- CASTILLO CÓRDOBA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Palestra, 2ª ed.; T. II, 2006.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1960.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo* [Trad. de Pablo Larrañaga], México, Fontamara, 2ª ed., 2004.
- CRISAFULLI, Vezio, "Disposición (y norma)" (Trad. de Mar Fernández Pérez), en: *Disposición vs. Norma* (Susanna Pozzolo y Rafael Escudero editores), Lima, Palestra, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica* [Trad. de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora], Madrid, Marcial Pons, 2011.

“El Estado laico según mater ecclesia. Libertad religiosa y libertad de conciencia en una sociedad democrática”, en: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 27, 2007.

DE ARAUJO CINTRA, Antonio, PELLEGRINI GRINOVER, Ada y *Teoria Geral do Processo*, Sao Paulo, DINAMARCA, Candido Malheiros, 10ª ed., 1994.

DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El Recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2ª ed., 1ª reimpr.

DE LOS RÍOS, Fernando, *Obras completas. Escritos guerra civil y exilio*, Madrid, Anthropos, T. V, 1997.

DESDENTADO DAROCA, Eva, “El Principio de interdicción de la arbitrariedad”, en: *Los Principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010.

“La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 84, 2009.

DOLCINI, Emilio, en: *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi-Federico Stella-Giuseppe Zuccala], Padova, Cedam, 4ª ed., 2003.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [Trad. de M. Guastavino], Barcelona, Ariel, 1989.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “El Derecho a la Libertad personal: Contenido, restricciones y Protección frente a detenciones arbitrarias”, en: *Estudios Constitucionales*, Lima, Ara editores, 2002.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995.

ESPÍN, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, Vol. I, 1994.

- EZQUIAGA, Francisco Javier, *Argumentación e Interpretación*, Lima, Grijley, 2011.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del Derecho procesal [hacia una teoría y ley procesal generales]*, Barcelona, Bosch, 1990.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Lima, Palestra, 2006.
- Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* [Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel y otros], Madrid, Trotta, 1995.
- “Justicia penal y democracia: El contexto extraprocesal” [Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez], en: *Jueces para la democracia*, Madrid, N° 4, 1988.
- “Garantías” [Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello], en: *Jueces para la Democracia*, julio/2000, N° 38.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- La Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 2005.
- FERRUA, Paolo, “Contradictorio y verdad en el proceso penal”, en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (Editora Letizia Gianformaggio), Bogotá, Temis, 2008.
- FIANDACA, Giovanni, *Diritto Penale*, Bologna, Zanichelli, 4ª ed., 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Interpretar, Argumentar y decidir”, en: *Interpretación y aplicación de la ley penal*. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2005.
- “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 124, 1991.
- “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 30, 1959.
- GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, Eddili, 8ª ed., 1984.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo [PG]*, Madrid, Tecnos, 13ª ed., Vol. I.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El Papel del Poder Judicial en la Transición democrática”, en: *Isonomía*, N° 18/abril 2003.
- El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías, en: *Isonomía*, N° 12, abril 2000.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2010.
- La Argumentación Jurídica* (en coautoría con Alfonso García Figueroa), Lima, Palestra, 2ª ed., 2005.
- El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto*, en: *Jueces para la Democracia*, N° 32, 1998.
- GHIRARDI, Olsen, *Introducción al Razonamiento Forense*, Buenos Aires, Dunken, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Qué es la Imputación Objetiva?”, en: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1990.
- “Causalidad, Omisión e Imprudencia”, en: *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GÓMEZ CABRERA, Cecilio, *La discrecionalidad de la administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de inspección*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Lima, Palestra, 1999.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra, 2005.

- GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal [PE]*, Valencia, Tirant lo Blanch, T. I.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, *La Interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos*, en *ensrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996.
- GUASTINI, Riccardo, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", en: *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2ª reimpr., 2007.
- HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1997.
- HARO, Ricardo, "La Razonabilidad y las Funciones de Control", en: *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2, 2001.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* [Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero], Barcelona, Bosch, 1984.
- Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución* [Trad. Atilana Camacho, Tania Ixche], México, Ubijus, 2009.
- Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- HELLER, Hermann, *El sentido de la política y otros ensayos* [Trad. Maximiliano Hernández Marcos y Encarnación Vela Sánchez], Valencia, Pretextos, 1996.
- HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, Granada, Comares, 2006.
- HESSE, Konrad, "La Jurisprudencia y la Jurisdicción Constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 4, 2005.
- HINOSTROZA PARIACHI, César, "El Hábeas Corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional Peruano", en: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, T. I, 2005.

HRUSCHKA, Joachim, "Sobre la difícil prueba del dolo" [Trad. de Ramón Ragués], en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 4, 2003.

IACOVIELLO, Francesco, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la Prueba, Motivación y Control en el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

El Razonamiento en las Resoluciones Judiciales, Lima, Palestra, 2009.

La motivación de las sentencias. Un imperativo constitucional Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Madrid, Civitas, 1998.

"Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, 'in dubio pro reo', en: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, 2001.

"Un erróneo reflejo de la presunción de inocencia en los veredictos de inculpabilidad y las sentencias absolutorias. Análisis del voto particular a la STC 192/2005", en: *Diario La Ley* N° 6416.

"Dos usos desviados de la 'presunción de inocencia'", en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. 7, T. I, 2006.

ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y Justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

JEROLD H. Israel; YALE KAMISAR; WAYNE R. LAFAVE; NANCY J. KING, *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introducido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* [Trad. de Miguel Olmedo Cardenete], Granada, Comares, 2003.

KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado* [Trad. de Eugenio Bulygin], Buenos Aires, Depalma, 1980.

-
- LANDA ARROYO, César, "El Hábeas Corpus en Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano", en: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, T. I, 2005.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* [Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero], Barcelona, Ariel, 1980.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 5ª ed., 1979.
- LINFANTE VIDAL, Isabel, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en: *Doxa*, N° 25, 2002.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, "La Problemática de la Justicia Constitucional", en: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 5, 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal penal*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Democracia, División del Poder y Poder Judicial*, El Poder Judicial en el Estado Constitucional, Lima, Palestra, 2001.
- LOZANO, Blanca, "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado", en: *Jueces para la Democracia*, N° 29, 1997.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., Vol. II, 1983.
- LUZZATI, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad* (Trad. de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso), Madrid, Marcial Pons, 2013.
- MACCORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho, en: *Isegoría*, N° 21. *La Argumentación Silogística. Una defensa matizada*, en: *Doxa*, N° 30, 2007.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale [PG]*, Padova, Cedam, 4ª ed., 2001.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Entre el Homicidio y las lesiones", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5.

- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, "Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano", en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 2, primer semestre 2009.
- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* [PG], Milano, Giuffrè, 2004.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Del Control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", en: *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, enero-diciembre 1983.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*; [Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson], Buenos Aires, Astrea, T. I, 2004.
- MELÉNDEZ SÁENZ, Jorge, "Análisis del Modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional", en: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005, T. I.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del Código procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, Revista de Legislación, 2ª ed., 1857.
- MIXÁN MASS, Florencio, *Juicio Oral*, Trujillo, Ediciones Jurídicas, 6ª ed., 2003.
- MONER MUÑOZ, Eduardo, "El Dolo y su control en el Recurso de Casación", en: *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Director: José Jiménez Villarejo), Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.
- MONTAÑÉS, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MORENO, J. J.; NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C., "Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial", en: *Doxa*, N° 8, 1990.
- MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.

-
- NAVARRO, Pablo, Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho, en: *Doxa*, 1993, N° 14.
- NIETO, Alejandro, *El Arbitrio Judicial*, Madrid, Ariel, 2000.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, Editorial Alternativas, 2ª ed., 1999.
- PASTOR, Daniel, "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal", en: *Jueces para la Democracia*, N° 49, 2004.
- Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- PASTORE, Baldassare, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso de filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.
- PEREIRA CHUMBE, Roberto, *Comentario al Artículo 200° inciso 1*, en: *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, T. II, 2006.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Dolo y Error: Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso penal", en: *Estudios sobre la Independencia Judicial y el Proceso penal*, Lima, Grijley, 2005.
- "La causalidad, ¿Una solución procesal para un problema dogmático?", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIX, Fasc.III, septiembre-diciembre 1996.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 7ª ed., 2000.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch, 1997.
- RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 15ª ed., 2001.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, *Interpretación Jurídica y Creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra, 2007.

-
- Sobre los principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.
- RADBRUCH, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en: *El Hombre en el Derecho* [Trad. de Aníbal del Campo], Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª ed., 1959.
- RAGUÉS I VALLES, Ramón, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, Año 2004.
- RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho* [Trad. de Andrea Greppi], Madrid, Trotta, 2010.
- ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, T. I, Milano, Giuffrè editore, 2ª ed., T. I, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, [Trad. de Gabriela Córdoba y Daniel R. Pastor], Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Derecho Penal* [Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo y Javier de Vicente Remesal], Madrid, 1997.
- "Acerca de la Normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo", en: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2005.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUCP, 1999, T. I.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en: *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1990.
- RUIZ RUIZ, Ramón, "Sobre la discrecionalidad en un Estado Constitucional"; en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 20, 2010.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La Legitimidad Judicial en la crisis del imperio de la ley", en: *Jueces para la democracia*, N° 18, 1993.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1992, Vol. 2.

-
- SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Lima, Grijley, 2003, 2ª ed., 2003, Vol. I y II.
- Jurisprudencia y Precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Lima, Palestra, 2006.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- SAPAG, Mariano, El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado. Un Estudio comparado, en: *Dikaion*, Vol. 22, N° 17, 2008.
- SENESE, Salvatore, “La Motivación de la ‘verdad fáctica’”, en: *Las Razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Editora Letizia Gianformaggio, Bogotá, Temis, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”, en: *Consideraciones sobre la Teoría del Delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- “Problemas de Determinación Judicial de la Pena”, en: *La Dogmática penal frente a la Criminalidad en la Administración Pública*, Lima, Grijley, 2001.
- STAMMLER, Rudol, Tratado de Filosofía del Derecho, Madrid, Reus, 1930.
- STARCK, Christian, “La Legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7, 2003.
- STELLA, Federico, *Giustizia e Modernità. La Protezione dell’innocente e la Tutela delle Vittime*, Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2003.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal [PG] I*, [Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti], Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, Lima, GTZ, 2009.
- La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Lima, GTZ, 2010.

TARUFFO, Michele, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos* [Trad. de Daniela Accatino Scagliotti], Madrid, Marcial Pons, 2010.

La Motivación de la Sentencia Civil [Trad. de Lorenzo Córdova Vianello], México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

La Prueba de los Hechos [Trad. Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009.

Páginas sobre justicia civil [Trad. de Maximiliano Aramburu Calle], Madrid, Marcial Pons, 2009.

Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil [Trad. de Beatriz Quintero Prieto], Bogotá, Temis, 2006.

“La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova”, en: *La Prova nel Processo Civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Relación de Causalidad. Indicaciones para una actualización”, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley, 2001, N° 2.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1992, 3ª ed., T. I.

TWINING, William, “De nuevo, los hechos en serio”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, 2009.

UBERTIS, Giulio, *Profili epistemologici della prova*, en: *La Prova nel Processo Civile*; Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II, 1999.

“Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)”, en: *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*, Edizioni ETS, 2010.

VALADÉS, Diego, *El Control del poder*, México, Porrúa, 3ª ed., 2006.

“La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en: *Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.

-
- VIGNOLO CUEVA, Orlando, *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*, Lima, Palestra, 2012.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal*. PG, Lima, Grijley, 2006.
- VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* [Trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez], Madrid, Trotta, 2012.
- VOLK, Klaus, "Concepto y Prueba de los elementos subjetivos", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, Lima, Grijley-Instituto Peruano de Ciencias Penales, N° 3, 2002.
- WEBER, Max, *Sociología del poder* [Trad. de Joaquín Abellán], Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed., 2012.
- Conceptos sociológicos fundamentales* [Trad. de Joaquín Abellán], Madrid, Alianza Editorial, 1ª reimpr., 2010.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán* [Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez], Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WESSELS, Johannes, *Derecho Penal [PG]* [Trad. de Conrado Finzi], Buenos Aires, Depalma, 1980.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el derecho* [Trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría], México, Fontamara, 1ª Reimp., 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [Trad. Marina Gascón], Madrid, Trotta; 8ª ed., 2008.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento Judicial* (en coautoría con Manuel Luján Túpez y José Luis Castillo Alva), Lima, Ara Editores, 2005.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política* [Trad. de Héctor Fix-Fierro], México, Porrúa, 5ª ed., 2009.
- ZUGALDÍA, José Miguel, "La demarcación entre el dolo y la culpa. El Problema del dolo eventual", en: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, T. 39, Fasc.

ÍNDICE

Presentación	7
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO EL PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

I.	La arbitrariedad	11
II	El principio de proscripción de la arbitrariedad	18
	a) Fundamento.....	18
	b) La proscripción de la arbitrariedad como principio general del derecho.....	32
	c) Manifestaciones del principio de interdicción de arbitrariedad.....	42
	d) La interdicción de arbitrariedad y la exigencia de control jurisdiccional de la actividad estatal.....	55
	e) Arbitrariedad y discrecionalidad.....	62
III.	El principio de interdicción de arbitrariedad y el deber de motivar las resoluciones judiciales	76

CAPÍTULO SEGUNDO
LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE
LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL

I.	La motivación requiere buenas razones y, además, que sean suficientes	91
II.	Los criterios de determinación de la motivación suficiente	93
III.	La motivación suficiente y el principio de razón suficiente	94
IV.	Los elementos de una motivación suficiente	101
	a) La motivación de un caso fácil o difícil	101
	b) La fijación de los puntos controvertidos	106
	c) La fijación de la <i>ratio decidendi</i> expresa	120
	d) La necesidad en materia penal de que se justifique cada uno de los elementos del injusto culpable y punible	126
V.	La motivación suficiente no requiere ni supone argumentos abundantes	145
VI.	Los criterios mínimos y máximos de la motivación suficiente	153
VII.	Las regulaciones sectoriales y su influencia en la motivación suficiente	155
VIII.	La motivación insuficiente	164

CAPÍTULO TERCERO
LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
LA DISTINCIÓN ENTRE MOTIVACIÓN Y
FUNDAMENTACIÓN. ¿EL DEBER CONSTITUCIONAL
DE MOTIVAR SUFRE UN RELAJAMIENTO
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO?

I.	La ambigüedad del término motivación	167
----	--	-----

II.	La noción amplia (y equivocada) de motivación como “ <i>proceso o actividad mental</i> ” o “ <i>explicación</i> ”	169
a)	La motivación como actividad y/o proceso mental	169
b)	La motivación como explicación	182
III.	La distinción entre motivación y fundamentación	190
IV.	La motivación del acto administrativo en la doctrina del tribunal constitucional peruano y la corte interamericana de derechos humanos.....	218
a)	La motivación como deber de los poderes públicos	218
b)	El fundamento constitucional y convencional de la obligación de motivar los actos administrativos	223
c)	Motivación y discrecionalidad	232
d)	Motivación suficiente del acto administrativo	237
e)	Los requisitos de la motivación del acto administrativo...	243
f)	Motivación de las sanciones administrativas, presunción de inocencia y principio de proporcionalidad	256
g)	La motivación de los administrativos como contenido del debido proceso	275

CAPÍTULO CUARTO LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

I.	Fundamento y base legal.....	287
II.	La obligación de motivar las resoluciones de apertura de investigación fiscal.....	299
III.	El deber de motivar las resoluciones de archivo de denuncia ..	313

IV.	La mayor carga de fundamentación en los casos de reapertura de la investigación fiscal por nueva evidencia.....	315
V.	El deber de motivar las resoluciones que resuelven una queja de derecho	335
VI.	La obligación de motivar las resoluciones de formalización de denuncia	336
VII.	El deber de motivar los dictámenes acusatorios del ministerio público.....	350
VIII.	La obligación de motivar los dictámenes no acusatorios del ministerio público.....	361
IX.	El deber de motivar las resoluciones de retiro de acusación	363
X.	La obligación de motivar las resoluciones que resuelven incidencias relevantes en la investigación preliminar	366
XI.	El deber de motivar las resoluciones de control interno del ministerio público.....	368
	Bibliografía	373

Notas

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<info@grijley.com>,
en el mes de octubre de 2013.

