DELIMITACIÓN DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

TESIS
PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

AUTORA : Ms. LILLY DEL ROSARIO LLAP UNCHON
ASESOR : Dr. MODESTO DE BRACAMONTE MEZA

TRUJILLO - PERÚ
2008
Al Doctor Modesto de Bracamonte Meza,
por su orientación en la elaboración
de la presente investigación.
ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA ........................................... ii
AGRADECIMIENTO ....................................... iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS ................................ iv
RESUMEN .................................................. vii
ABSTRACT .................................................. viii

I. INTRODUCCIÓN ........................................ 1
   1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA .......... 2
   2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA ............ 4
   3. MARCO TEÓRICO ................................. 4
   3.1. LA FUNCIÓN JUDICIAL ................... 4
   3.2. VIGENCIA DEL DERECHO: INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL 5
       3.2.1. Aspectos Relevantes ................ 5
       3.2.2. Interpretación Judicial .......... 7
           3.2.2.1. Aspectos Líminares ........... 7
           3.2.2.2. Marco Conceptual .......... 8
       3.2.2.3. Objeto ............................ 11
       3.2.2.4. Naturaleza ........................ 11
       3.2.2.5. Fases o Componentes .......... 12
           3.2.2.5.1 Aproximación Arioriñista . 14
               A. Caracteres ..................... 14
               B. Manifestaciones ............... 14
               C. Fases de Aproximación Arioriñista . 14
                   • Aproximación Arioriñista Tecnicista 14
                   • Aproximación Arioriñista Teleológica 15
                   • Aproximación Arioriñista Sociológica 16
                   • Aproximación Arioriñista Practicista 17
           3.2.2.5.2 Fases de Aplicación Metodológica 17
               A. Aspecto Líminar .................... 18
                   • El Método Literal ................ 18
                   • El Método de Libre Investigación Científica 19
                   • El Método de Derecho Libre .... 19
                   • El Método Histórico ............. 20
                   • Método Lógico ...................... 21
                   • Método Sistemático .............. 21
                   • Método Sociológico ............. 22
                   • Método Teleológico ................ 22
                   • Método Pragmático ............... 23
       3.2.3. Integración Judicial ................. 23
           3.2.2.1. Aspectos Líminares ........... 23
           3.2.2.2. Marco Conceptual .......... 24
           3.2.2.3. Caracteres .................. 26
           3.2.2.4. Fundamento Legal de la Integración 27
3.2.2.5. M étodos de Integración jurídica
   A. Analogía ................................................... 28
   B. Principios Generales del Derecho ...................... 28

3.2.3. Aplicación Judicial ...................................... 29

3.3. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO ..................... 30
   3.3.1. Generalidades ......................................... 30
   3.3.2. Aspectos Preliminares ................................ 31
   3.3.3. Denominada Zona de Creación ....................... 34
   3.3.4. La Legitimidad Democrática del Poder del Juez en la Creación ................................................................. 35
   3.3.5. Misión .................................................. 36
   3.3.6. Clases .................................................. 37
   3.3.7. Presupuesto para la Creación del Derecho ............ 37

3.4. MOTIVACIÓN, ARGUMENTACI ÓN JUDICIAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ................................. 38
   3.4.1. Punto de Partida ....................................... 38
   3.4.2. Motivación Jurídica ..................................... 39
   3.4.2.1. Aspectos Generales .................................. 39
   3.4.2.2. Un Paso por la Historia ............................. 41
   A. En la Edad Media y Antiguo Régimen ..................... 42
   B. La no motivación ........................................... 42
   C. La prohibición de la motivación ......................... 43
   C.1. La Generalidad del Derecho Europeo ..................... 43
   C.2. Algunas Excepciones del Derecho Europeo ............... 44
   C.3. La Época Constitucional ................................ 45
   3.4.2.3. Delimitación Conceptual (De género a especie) .... 46
   3.4.2.4. Clases de Motivación ................................ 47
   A. Motivación Psicológica ..................................... 48
   B. Motivación Jurídica ........................................ 49
   3.4.2.5. Positivación de la Motivación Jurídica ............. 49
   A. Antecedentes .............................................. 49
   A.1. En cuanto al primer nivel ................................ 49
   A.2. En cuanto al segundo nivel .............................. 51
   B. Constitución Política del Perú de 1993 .................... 52
   C. Código Procesal Civil de 1993 ............................. 53
   D. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica Del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-Jus) .............. 54
   3.4.2.6. Contenido de la Motivación ......................... 54
   A. Los de contenido óntico (fáctico) ......................... 55
   B. Los de índole jurídica ..................................... 57
   C. Logicidad ................................................ 58
   C.1. Control de Logicidad ..................................... 58
   C.2. El Principio de Razon Suficiente ......................... 59
   D. Forma .................................................. 61
   3.4.3. Argumentación Jurídica ............................... 61
   3.4.3.1. Delimitación Conceptual (De género a especie) .... 61
   3.4.3.2. Etapas .............................................. 62
   3.4.4. Tesis Positivista de la Discrecionalidad ............. 63
3.4.5. Estado Constitucional de Derecho .................................................. 65
3.4.5.1. Antecedentes .............................................................................. 65
3.4.5.2. Caracteres .................................................................................. 65
3.4.5.3. La Legitimación Democrática del Poder Del Juez .................. 68
3.4.5.4. Delimitación De La Función De Creación Judicial De Derecho 68

4. HIPÓTESIS ......................................................................................... 73
5. OBJETIVOS ....................................................................................... 73
5.1. General .......................................................................................... 73
5.2. Específicos ..................................................................................... 73

II. MATERIAL Y MÉTODOS ................................................................. 74
1. Material de estudio ........................................................................... 74
2. Métodos .......................................................................................... 74
2.1. Instrumentos de recolección de datos ........................................... 74

III. RESULTADOS .................................................................................. 76
CUADRO N° 1: ENFOQUES DE LA FUNCION JUDICIAL .................... 76
DIAGRAMA N° 01: VIGENCIA DEL DERECHO; INTERPRETACIÓN, INTEGRACION Y APLICACION JUDICIAL .................................................................................. 78
DIAGRAMA N° 02: CREACION JUDICIAL DEL DERECHO .................. 79
DIAGRAMA N° 03: MOTIVACION, ARGUMENTACION JUDICIAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ................................................................. 80

IV. DISCUSION DE RESULTADOS ......................................................... 81

V. CONCLUSIONES .............................................................................. 105

VI. PROPUESTA ...................................................................................... 106

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ................................................. 109
En la investigación se plantea que el Juez crea derecho, porque ya no es un mero intérprete de la ley; sino porque, usa la información de los hechos que aportan las partes para ajustar el mandato genérico contenido en la norma y encontrarle su uso específico, para una decisión objetiva y materialmente justa al caso concreto. El procedimiento seguido para sustentar este planteamiento consistió en la identificación y descripción de ciertos argumentos teóricos, esto es, de los elementos direccionales de la creación judicial del derecho; y, el posterior análisis de dichos argumentos teóricos seleccionados, que sustentaron la hipótesis, para lo cual fue necesario la respectiva búsqueda y recopilación de todo el material bibliográfico, constituido por la doctrina tanto nacional y extranjera; así como por la legislación nacional; esto es captar la literatura existente respecto a la creación judicial de derecho, así como de sus temas conexos sobre Teoría General del Derecho, Motivación y Argumentación Jurídica, Discrecionalidad y Constitución; y, aplicar principalmente métodos como el descriptivo, histórico, deductivo, inductivo, analítico y el de síntesis. Luego del análisis del planteamiento se concluye que, la actividad creativa que desarrolla el Juez no puede ser ilimitada, aunque haya un margen de discrecionalidad del Juez, todo está circunscrito a los principios estructurales contenidos en la Constitución.

Palabras claves: Función Judicial; Vigencia del Derecho; Interpretación Jurídica, Integración y Aplicación del Derecho, Creación Judicial de Derecho; Discrecionalidad; Motivación Jurídica, Argumentación Jurídica y Supremacía de la Constitución.
In the investigation thinks about that the Judge believes law, because he is no longer a mere interpreter of the law; but because, it uses the information of the facts that you they contribute the parts to adjust the command, generic content in the norm and to find him their specific use, for an objective and materially fair decision to the concrete case. The followed procedure to sustain this position consisted on the identification and description of certain theoretical arguments, this is, of the directional elements of the judicial creation of the law; and, the later analysis of this selected theoretical arguments that sustained the hypothesis, for that which was necessary the respective search and summary of the whole bibliographical material, constituted so much by the doctrine national and foreigner; as well as for the national legislation; this is to capture the existent literature regarding the judicial creation of law, as well as of their related topics on General Theory of the law, Motivation and Artificial Argument, Discretionality and Constitution; and, to apply methods like the descriptive, historical, deductive, inductive, analytic and that of synthesis mainly. After the analysis of the position you concludes that, the creative activity that the Judge develops cannot be limitless, although there is a margin of discretionality of the Judge, everything is bounded to the principles structural contents in the Constitution.

Key words: Judicial function; Validity of the law; Artificial Interpretation, Integration and Application of the Law; Judicial Creation of Law; Discretionality; Artificial motivation, Artificial Argument and Supremacy of the Constitution.
1. INTRODUCCIÓN

La trayectoria histórica nos ha entregado el mito del Juez condicionado siempre al cumplimiento de su función como exclusivo aplicador de la norma escrita, y la idea de que es la única manera como puede desempeñar su función sin claudicar ni excederse.

Inclusivo se afirma que, las tendencias contemporáneas que conciben al Juez como un creador del Derecho, para el caso concreto, constituyen un exceso sin mayor fundamento.

El Juez, como personaje central y fundamental en el sistema judicial, es al ser humano que posee un conjunto de cualidades y características, a fin de poder cumplir a cabalidad la misión que se le encomienda como tal y con ello pueda satisfacer las exigencias de la comunidad en donde ejerce su función. En tal sentido, cumple dos funciones básicas interrelacionadas que son el impartir justicia y el Crear Derecho, con la finalidad de resolver conflictos de intereses o dilucidar incertidumbres, ambas con relevancia jurídica; finalidad plasmada en una de sus diversas expresiones, como son las sentencias.

En ese sentido, el Juez es un Creador del Derecho de la manera más inmediata, cuyos actos de voluntad integran la sustancia misma de ese derecho que crea. Así ocurre en el sistema en que nos encontramos inmersos; esto es el Sistema Romano – Germanico; en cambio, en los países que se rigen por los principios del Sistema de Common Law, la Jurisprudencia resulta ser la fuente principal del derecho, en donde las normas jurídicas consuetudinarias se constituyen en normas de carácter obligatorio.
Sin embargo, esta función creadora que realiza el Juez, no puede ser ilimitada, resulta necesario que se establezcan delimitaciones que han de aplicarse en el ámbito mental del juzgador al emitir la sentencia, recurriendo a la lógica jurídica, la interpretación judicial, la motivación y la argumentación; de tal manera que exista predictibilidad en las resoluciones y confianza de los usuarios en el servicio de justicia.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Desde el Código de Hammurabi se concibe el servicio de justicia como una función del Estado. Es este, a través de tribunales especializados, el encargado de asegurar su cumplimiento y hacer efectivas las sanciones. Las partes se encargaban directamente de su defensa, actividad probatoria y alegatos, luego de lo cual los jueces dictaban su decisión, la que era expresada por escrito y firmada para garantizar su autenticidad. Momox (1996: 291).

En el Derecho Romano, el desarrollo de la función del juez estaba dado por el hecho de que cuando este no se encontraba en la ley y tampoco en el saber de los jurisconsultos la respuesta que se considerara adecuada al caso, o esta no aparecía clara en su pensamiento, podía declarar su incapacidad para resolver, debiendo pasar el caso a otro juez. Para ello, expedía la llamada sentencia non liquet. Momox (Idem: 298).

La urgente necesidad de acabar definitivamente con la arbitrariedad y la corrupción de los parlamentos; clase social encargada de la función judicial en el Antiguo Régimen, llevó al revolucionario francés del siglo XVII a considerar que el juez solo debería ser un aplicador de la ley (la boca que pronuncia las palabras de la ley, en la mentada frase de uno de sus célebres ideólogos, Montesquieu).
Posteriormente el Positivismo Lógico, influyó marcadamente en el derecho sobre todo en la teoría de la predictibilidad de las consecuencias jurídicas y en particular con la validez e inefabilidad del anunciado positivo. Kelsen uno de los principales exponentes del pensamiento positivo jurídico se consideró como paradigma del Derecho del siglo XX. Desde la Escuela Histórica y enambados hacia el positivismo lógico encontramos tres filósofos que han marcado pautas: Roebota, Liebeng y Windisch, ellos fundaron la Escuela denominada Jurisprudencia de Conceptos, que tuvo como característica esencial una adhesión formal al texto legislativo, que en líneas generales se supone completo, preciso y coherente. El juez no crea, su función era puramente cognoscitiva, específicamente Rudolf Von Liebeng concibe al derecho como una maquinaria.

El Positivismo Jurídico, sirvió para que algunos de sus discípulos sintetizaran sus teorías con el positivismo lógico, llegando a la pretensión de una metodología capaz de proporcionar, una piedra filosofal resultando exactos para problemas jurídicos, al extremo que el Juez le sea suficiente encontrar las variables de una fórmula lógico jurídica y así no importa cuán diverso fuera el problema que se le plantea, siempre encontrará una respuesta exacta, inalámbrica por la certeza del conocimiento positivo.

Los Positivistas Jurídicos y Kius, defendieron la posibilidad del conocimiento jurídico, tanto al Principio de Legalidad como al Principio de Seguridad Jurídica, lo que eran necesarios, irrenunciables e indispensables; regresando al razonamiento jurisdiccional mecanicista de Montesquieu: el juez no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. La labor creativa o interpretativa del juez se veía minimizada al extremo de ser anulada.
Sin embargo, el Juez ha sido a lo largo del desarrollo de la humanidad, un creador del derecho, por lo menos hasta que el racionalismo del positivismo del siglo pasado, reivindicó para el legislador la calidad de creador exclusivo del fenómeno jurídico, trayendo consigo una de las más profundas crisis de las ciencias jurídicas. De otro lado, la historia nos enseña que el juez sin parámetros legales ha significado siempre un peligro, casi tanto como el juez sometido a la literalidad de la norma, advirtiéndose que la tendencia actual es privilegiar al Juez Creador del Derecho.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Se planteó el siguiente problema.

¿Cuál es la delimitación de la Creación Judicial del Derecho?

3. MARCO TEORICO

3.1. LA FUNCIÓN JUDICIAL

Pasara (2000:51-56) señala que, si se pregunta a uno de los operadores del derecho, láname abogado, por la función que realiza otro de los denominados operadores del derecho, esto es los jueces, inmersos en una sociedad como la nuestra, (…):

a. Los jueces resuelven conflictos sociales de todo tipo y nivel, en nombre de la Nación y por encargo del Estado.

b. Para resolver todo conflicto, los jueces aplican un cuerpo de normas contenido principalmente en las leyes dadas por el poder legislativo, y cuya más lata expresión son la Constitución y los códigos.

c. En esa tarea los jueces tienen que ser – y se esfuerzan por ser imparciales, es decir, se limitan a expresar, para el caso concreto que se les somete, lo que la ley ha previsto en abstracto para un problema de ese tipo.
d. A través de tal tarea, los jueces remedian los excesos de poder en los que puedan incurrir “los otros poderes” – el ejecutivo y el legislativo-, es decir, las autoridades civiles cuyo origen es de naturaleza directamente política.

El Juez, como protagonista de una de las funciones del Estado, como es la judicial, resuelve conflictos de intereses o dilucida incertidumbres, ambas con relevancia jurídica, resultando ello trascendental. Esto es que, la trascendencia de la Función Judicial se refleja, no solo en la evolución cultural de una sociedad, sino en el destino de la especie humana.

3.2. VIGENCIA DEL DERECHO INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL

3.2.1. Aspectos Relevantes.

La palabra Derecho proviene de las voces latinas directum y directum, que significan “conducir”, “guiar” o “llevar rectamente” una cosa a un lugar determinado, sin desviarse o torcerse.

Los romanos usualmente no empleaban esta expresión, si no la palabra ius, con la que indicaban la idea de un orden o regla imperativa (para los romanos, fas era el derecho sagrado o la ley divina, y ius la ley humana).

De la voz ius (proveniente de una raíz sanscrita que significa “ligar”) derivó el prefijo justa, que asociado a otras dio origen a experiencias como jurisprudencia (derecho pronunciado por los jueces), jurisdicción (acto de decir el derecho), justicia (valor ideal al cual debe tender el derecho) y jurídico (adjetivo que denota la cualidad de un orden obligatorio). García (2001:107).
Por otra lado, Álvarez (1995:4), al referirse al Derecho, precisa que en nuestro lenguaje coloquial se utiliza con frecuencia la palabra “derecho”, volviéndose comunes expresiones del siguiente cuño: “Tengo derecho a...”, “No hay derecho...”; “Es conforme a derecho”, “Por derecho propio...” Además señala que, dicha circunstancia revela que el Derecho es una realidad que se encuentra presente en nuestra vida y por ello nuestro lenguaje la alude, tengamos o no consciencia de ella; siendo obvio que el Derecho y con éste los fenómenos jurídicos afectan directamente nuestra existencia.

García (Idem: 108) señala cuatro elementos definitorios del Derecho, los que a continuación se detallan:

- Las normas jurídicas exigen un cumplimiento que se impone sobre la voluntad individual. Su obligatoriedad es imprescindible para que se alcancen las consecuencias establecidas por ellas. Su contravención arroja una sanción.

- Las normas jurídicas son pautas de comportamiento general porque no se dirigen a una persona en particular (leyes, reglamentos), pero pueden ser individualizadas cuando generan derechos u obligaciones para personas determinadas (sentencias, resoluciones administrativas, contratos).

- Las normas jurídicas básicas de un orden jurídico (La Constitución) establecen las reglas para que éste pueda generar nuevos preceptos y, al mismo tiempo, que puedan ser objeto de interpretación, aplicación y ejecución. Aún para poner énfasis en contra de la voluntad de sus destinatarias.

- Las normas jurídicas persiguen la plasmación de determinados fines y valores en el marco de una sociedad determinada.
El derecho además de lo indicado líneas anteriores, se proyecta a través de su lenguaje, lenguaje de carácter especial; al mismo que, sin embargo, presenta ciertos problemas al momento de aplicarlo, hablando en un sentido general, interpretación, integración y aplicación judicial propiamente dicha o en sentido estricto.

El Derecho, en tal sentido tiene una existencia real; es decir, vigente y dicha existencia real o vigencia, tiene como objetivo intrínseco que se aplique; es en este contexto de aplicación, que se presentan los tres términos anunciados como son interpretación, integración y aplicación propiamente dicha.

El Derecho existe para ser aplicado; contiene siempre una prescripción y un imperativo y no una simple indicación que los sujetos pueden o no atender de acuerdo a sus intereses.

3.2.2. Interpretación Judicial

3.2.2.1. Aspectos Liminares

Interpretar significa comprender, analizar, significar, entender, explicar, comentar.

En este sentido lato, la interpretación resulta ser sinónimo de comprender cualquier expresión formulada en una lengua.

El término "interpretar", que se puede aplicar con distintos matices a objetos diferentes; sin embargo, conforme se indica, puede denotar como un proceso (acto de interpretar) o como una actividad intelectual (actividad interpretativa); y, como el resultado o producto de este ciclo o actividad de interpretación. Estos enunciados que denotan a la interpretación responden a un sentido general que se tiene de interpretar.
En ese sentido, Torres (1999: 572), califica como interpretación el intentar sacar a la luz el sentido que alberga una realidad determinada que hemos tomando contacto. Además agrega que, la interpretación es la actividad intelectual dirigida a comprender y explicar o declarar el sentido de algo, por ejemplo, de un sueño, de una obra artística, histórica, filosófica, de una norma moral, religiosa, jurídica, y en fin, de todo lo que es objeto, especialmente, de las ciencias culturales. En efecto, se puede interpretar además comportamientos humanos, acontecimientos históricos, sociales, culturales, etc.

Como primera aproximación, Palma (2006: 35), al referirse a la interpretación jurídica, señala que no es otra cosa que la comprensión e indagación del sentido o voluntad del significado de las normas. Por consiguiente, comprender no es otra cosa que atribuir un significado a un signo lingüístico, ya sea escrito u oral. Siguiendo su discurso señala además que la interpretación jurídica es el acto de entender la comprensión del sentido y significado de las normas jurídicas, descubriendo vivencialmente la voluntad de la norma para atribuir a esta un determinado sentido de comprensión de su voluntad.

3.2.2.2. Marco Conceptual

El punto de partida de la interpretación judicial radica en la complejidad y ambigüedad del lenguaje técnico-jurídico, así como los problemas de aplicación judicial de las normas abstractas a hechos concretos producidos en la realidad.

La interpretación consiste en establecer el sentido de la norma. Esta debe respetar el contenido de la misma, porque los órganos encargados de interpretar el Derecho están sometidos a él
como lo están todos los demás órganos del Estado y cualquier ciudadano.

Para Kelsen, citado por Torres (Idem. 577) en efecto, la interpretación judicial no forma parte del capítulo de la ciencia del Derecho, no es una actividad cognoscitiva, sino que constituye una labor creadora en la que el juez proyecta sus propios valores.

El punto de partida parece encontrarse mucho más cerca del Freirecht que de la ideología codificada: "La jurisprudencia o acto de decir el derecho-afirma ya en la primera edición de la Reine Rechtslehre no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos... La jurisprudencia tiene, por el contrario, un carácter netamente constituido. Es un verdadero acto creador de derecho." Kelsen, H., en Prieto (2005: 152).

La expresión "interpretación del Derecho" se refiere a la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en relación a un hecho o conjunto de hechos a los cuales deben aplicarse. Se interpretan todas las normas jurídicas, por lo que la expresión "Interpretación del Derecho" es preferible a la otra, usual pero inapropiada de "Interpretación de la Ley", por cuanto ésta es sólo una de las fuentes del Derecho, aunque la más importante en los sistemas normativos modernos.

Como toda norma jurídica regula hechos nada más que eso, no hay interpretación jurídica que no esté referida a un hecho. La interpretación puede ser hecha con alcances puramente teóricos para que sirva de explicación de una serie de hechos posibles, o puede ser realizada para que la norma interpretada sea directamente aplicable como razón justificadora suficiente de una decisión en un caso concreto. Por ejemplo, la interpretación hecha para que la
norma sirva de fundamento de una decisión judicial. Torres (Idem: 577).

Así la "interpretación jurídica" definida como la parte de la Teoría General del Derecho que comprende a indaga el sentido y significado de las normas. Destinada a desentrañar, concretizar la verdadera voluntad y significado último que encierra la norma jurídica (contenido de esta) y conocer además el sentido dispuesto en su contexto.

La interpretación judicial permite la delimitación, explicación y enunciación con otras palabras más claras y precisas del real significado de lo que quiso decirse; y que de cierta manera están ocultas; y, así asignarle un sentido adecuado la norma al la nueva realidad social.

La interpretación ocurre cuando el sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico jurídico interno de la norma; esto es, cuando existiendo una norma jurídica aplicable, su sentido normativo resulta confuso, porque su texto no es claro o porque existe cierta dificultad para aplicar al supuesto de hecho de la norma al hecho que ocurre en la realidad.

La interpretación permite la aclaración y explicación del sentido de las normas jurídicas desde las constitucionales hasta las de menor jerarquía, representando con ello la interpretación un dato ineludible de toda experiencia jurídica.

A través de la interpretación se establece la claridad o no de la norma, la que tiene relación con una realidad concreta y no en abstracto.
3.2.2.3. Objeto

El objeto de la interpretación judicial resulta ser las normas integrantes de nuestro ordenamiento jurídico; así tenemos las normas legales (leyes, reglamentos, decretos, etc.), las normas negociables (contratos, testamentos, etc.), las normas consuetudinarias (usos y costumbres), las normas contenidas en los principios generales del Derecho; y las normas individualizadas (sentencias, laudos arbitrales, etc.). Sin embargo, en el supuesto que faltaba la norma jurídica no nos encontraríamos ante el supuesto de la interpretación, sino de la integración del Derecho, conforme se esbozará líneas posteriores.

Por otro lado se señala que lo que se interpreta -con ello representaría el objeto de la interpretación judicial- son los enunciados jurídicos que contienen los textos de las normas.

3.2.2.4. Naturaleza

Según Arango (2004:85), la interpretación creativa hace más nitido el contraste entre entendimiento objetivo y subjetivo. Para el científico, la verdad corresponde a algo ahí afuera en el mundo. Para el artista, por el contrario, la verdad la encuentra en el mundo que construye para sí mismo. Como participante creativo, el juez debe siempre distinguir entre lo que otros participantes y profesionales piensan que la práctica requiere, y lo que para él constituye realmente la práctica que interpreta. Como agente de la comunidad, su interpretación creativa sólo gana legitimidad en la medida en que se toma en serio las expectativas de aquéllos. El juez debe cumplir con la obligación comunitaria de tratar a todas las personas con igual consideración y respeto, lo que, en la teoría de la adjudicación, se traduce en la toma de decisiones más coherentes como el derecho, visto como un todo.
3.2.2.5. Fases o Componentes

Rubio (1996: 252), señala que la interpretación jurídica consta, hablando de términos más generales, de tres componentes: por un lado, una aproximación apriorística del intérprete, a la que trata bajo el concepto de criterios generales de interpretación; por otro lado un cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica; generalmente aceptados por la doctrina que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación; finalmente los apotegmas -los apotegmas jurídicos pueden ser descrito como proposiciones o argumentos tópicos, que tiene una antigua existencia en el Derecho y que ayudan a resolver puntos concretos para los que los métodos de interpretación no tiene respuesta. Es este sentido, los apotegmas jurídicos no son métodos de interpretación pero se pueden utilizar (y se usan) conjuntamente con ellos en la resolución de los problemas interpretativos. Los apotegmas jurídicos vienen, en su gran mayoría del Derecho Romano, son a menudo expresiones en latín y se confunde con otros dos tipos de proposiciones formalmente semejantes: los conceptos jurídicos sintetizados en fórmulas y los principios generales del Derecho de interpretación, que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizados.

Por su parte, García (Idem: 308-309), a estos componentes de la interpretación jurídica los esboza desde una perspectiva que denomina fases del proceso de interpretación.

Añota que la interpretación implica un enlace necesario de valoración –conocimiento – valoración, el mismo que se expresa en el desarrollo de dos fases de experimentación intuitiva, las que son:

- Fase de Aproximación Apriorística.
- Fase de Aplicación Metodológica.
Enuncia que, en la primera fase, específicamente, se valora, ya que se prefiere, elige u opta por algún criterio cualitativo que posteriormente enmarcará la orientación interpretativa de la norma.

Respecto a la segunda fase, señala que, simultáneamente se conoce y valora, ya que se recolecta, sobre la norma, información que permite formular enunciados acerca de sus alcances o sentido, las mismas que deben ser compatibilizadas con la plasmación de algún valor o fin jurídico: la justicia, la paz, la solidaridad, la seguridad, el bien común, etc. Así, la interpretación no sólo es una operación lógica, si no también axiológica y teleológica; no concluye en la determinación de un pensamiento asignado a la fórmula gramatical de la norma, pues éste sólo constituye el punto de partida para la valoración del objeto cultural que es la norma, la cual apunta hacia un valor que debe ser el término de la operación interpretativa.

Este conocimiento axiológico y teleológico que conduce en última instancia la interpretación exige el empleo conjunto de inteligencia, voluntad y sentimiento. Añade que el hermeneuta, al optar dentro del margen de posibilidades que le brinda una interpretación, ejerce un acto de voluntad, pues su papel no se reduce a la función mecánica de verificar ciertas premisas y extraer de ellas, por si logra, una conclusión meramente lógica.

En conclusión, lo que afirman Rubio y García, vienen a coincidir en lo sustancial, sino que, representan perspectivas distintas de ver los componentes de la interpretación jurídica; esto es, una perspectiva estática, por un lado; y, por el otro, una perspectiva dinámica, respectivamente.
El esquema que considera García, anotado líneas precedentes, es preferible, en atención a los objetivos que se persigue con la presente investigación. A continuación, su desarrollo:

3.2.2.5.1 Aproximación Apriorista

A. Caracteres:

- Primer tramo del proceso de interpretación que representa la ruta escogida por el explorador.
- Tiene un carácter eminentemente valorativo.
- Se da a priori.
- El hermeneuta se traza una dirección interpretativa; por lo que, elabora su propio marco global de interpretación jurídica.
- Valora y adopta uno o más criterios con ponderaciones distintas, siendo apropiados asignarles un sentido a la norma.
- La preferencia por un criterio u otro se encuentra enmarcado por la ideología, personalidad, nivel de formación que nutre la voluntad del intérprete.

B. Manifestaciones

El hermeneuta puede asumir diversos puntos de partida y diversos itinerarios para realizar su labor de interpretación, lo que Rubio los agrupa en los denominados criterios generales de interpretación.

C. Fases de Aproximación Apriorística

- Aproximación Apriorística Técnica

El punto de partida para el intérprete en esta aproximación es el Derecho mismo. Se acude única y
exclusivamente a los medios y procesos desarrollados o aceptados por la ciencia jurídica.

No se permite la intervención de elementos extraños al campo del Derecho, esto es lo extrajurídico proveniente de la psicología, política, etc.

Cualquier categoría, presunciones, construcciones jurídicas, etc., establecidas se aplican rigímidamente.

Los medios de los que se valdrá el intérprete serán:
- Literalidad de la norma, su significado lingüístico, con las precisiones y significados que ciertas palabras asumen en el Derecho a diferencia del significado común.
- La razón legis de la norma, su razón de ser, extraída del texto mismo de la norma.
- Las fuentes históricas, o antecedentes jurídicos que es la información previa a la existencia de la norma.
- Su sistemática, es decir los sistemas jurídicos en cuanto al orden y distribución de la norma.
- La dogmática jurídica, o sea el conjunto de conceptos que subyacen a las normas jurídicas, armonizándolas y dándoles un sentido.
- Este criterio impone en los estados descritos al sistema del teísmo jurídico (resaltando la interpretación hebraica y la shia).

* Aproximación Apriorística Teleológica

El punto de partida en esta aproximación es que el hermeneuta asume que la interpretación debe ser realizada con el propósito de llevar a su realización práctica de
determinados fines pre determinados de la aplicación de la norma, las mismas que fuera realizada por una persona o autoridad que se la impone.

Con esta aproximación se aspira a la efectivización de los principios ético-jurídicos que inspiran la dación de la norma objeto de interpretación, siendo ellos variado.

Se utiliza criterios teleológicos de interpretación de manera muy extensiva en la Administración Pública, bajo la forma de directivas y circulares, pero no exclusivamente.

- **Aproximación Apriorística Sociológica**

El punto de partida en esta aproximación, es que el hermeneuta asume que la interpretación debe ser realizada considerando las características culturales del lugar donde ha de aplicarse la norma, es decir las características sociales de la realidad normada, toda vez que el derecho no es un fenómeno válido en sí mismo, si no un instrumento normativo de la sociedad explicable a través de ella.

En este tipo de aproximación, intervendría en la interpretación jurídica con lo que se integraría como parte del sentido de la norma consideraciones como concepciones ideológica de los grupos sociales normados, costumbres, etc.; esto es actitudes y actividades que constituyen las pautas de vida social de un grupo humano situado en un espacio y tiempo determinados.

Este criterio es importante en sociedades pluriculturales, como la nuestra, donde impara un Estado asentado sobre
grupos étnicos con raíces históricas, sociales y escala de valores diferentes.

- Aproximación Apriorística Practicista

El punto de partida en la interpretación desde esta aproximación, es ningún hermeneuta elige privilegia un solo criterio al desamado del resto, es decir existe una combinación ponderada de los criterios anterioament señalados.

El hermeneuta combina con distintas ponderaciones varios de los criterios señalados, permitiéndole una variedad de resultados, en una postura consciente o inconscientemente.

3.2.2.5.2 Fases de Aplicación Metodológica

A. Aspecto Liminar

Como quedó anotado líneas anteriores, el proceso de interpretación de normas jurídicas, atraviesa por dos fases: la primera, que selecciona la norma aplicable al caso concreto; y, la segunda, que especifica el sentido o significado de esta.

En la primera fase del procedimiento interpretativo, cuando el intérprete no encuentra una norma que regule expresamente el caso concreto debe proceder a una indagación analógica, o sea buscar una norma que contemple casos similares y obtener de ella la regla aplicable al caso en examinar (analogía legis). Si este procedimiento no conduce a un resultado positivo, el intérprete puede obtener la regla aplicable al caso concreto de los principios que informan al derecho positivo, o sea de la ideología que inspira el ordenamiento jurídico (analogía iuris) Torres (Idem 617). Para el entendimiento del exacto sentido y alcance de las normas segunda fase en la interpretación—al
La hermenéutica debe seguir un procedimiento que prevé el recurso a varios métodos.

El vocablo método, deriva de las voces griegas meta = "con" yodos = "camino". Etimológicamente no es más que una manera encaminada de proceder aludiendo a un orden o conjunto de reglas tendientes a obtener un resultado.

Los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos en base a los cuales, podemos obtener conclusiones positivas frente al que quiere decir la norma jurídica desentrañando, al aplicarlas, diversos contenidos provenientes de los criterios antes mencionados. Es decir, los métodos de interpretación esclarecen el significado de las normas utilizando, cada uno, variable de interpretación distintas a la de los demás. Los criterios determinan el uso de las diversas combinaciones posibles de los métodos. Rubio (Idem: 257).

Partimos de la siguiente premisa: el método interpretativo es considerado un procedimiento válido y fiable para la asignación de un sentido a la norma objeto de investigación; en tal sentido existe una serie de métodos.

Se tiene como fundamento que al ser la norma escrita portadora de criterios como certeza, generalidad, permanencia y presunción de conocimientos, obliga a plantear reglas claras y concretas, para un correcto otorgamiento de su significado. Estas reglas son:

- **El Método Literal**

  Es el método más antiguo, llamado también gramatical y filosófico.
El procedimiento de interpretación obliga al intérprete a atenerse a las palabras del texto escrito de la ley.

Consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producido la norma, con la salvedad de que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en tal sentido se averiguará cuál de los dos significados está utilizando la norma.

Este método representa la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura.

- **El Método De Libre Investigación Científica**
  
  Su inspirador fue François Cère en su obra “Métodos de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo”. Su elaboración fue una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho.

  Este método implica la necesidad de recurrir supletoriamente a la costumbre y a la doctrina.

  Su finalidad es descubrir el pensamiento del legislador.

- **El Método de Derecho Libre**
  
  Aparece a comienzos del siglo XX (1906) en Alemania, suscrito por Hermann Kantorowicz en su obra La Lucha por la Ciencia el Derecho.
Este método trata de eliminar la hegemonía de la lógica hasta en la propia ley, considerando a la interpretación como una tarea de verdadera creación normativa.

Se le atribuye al juez plena libertad en la decisión jurisdiccional.

A través de este método el juez se convierte en director, siendo contrario al antiguo juez automata de la ley en el que sólo aplica el tradicional silogismo.

- **El Método Histórico**

  Tiene como inspirador a Federico Carlos de Savigny a través de una obra, Sistema de Derecho Romano Actual, divulgada a comienzos del siglo XIX.

  Se toma como premisa que al ser la norma jurídica resultado de una larga elaboración histórica, en orden a la satisfacción de determinados intereses y necesidades sociales, económicas, culturales, etc., deben regularse jurídicamente.

  El interpretar debe indagar no sólo la voluntad del creador de la norma, sino básicamente la voluntad objetiva de la misma que conduzca a encontrar la solución objetiva y materialmente justa, por lo que la si la interpretación histórica se divide en una investigación por un lado, sobre el origen histórico de las normas; y, por el otro lado en una investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas.

Así también, podemos mencionar otros métodos:
• **Método Lógico**

Cuando no se alcanza resultados satisfactorios con la interpretación literal, se recurre a la utilización de razonamiento y reglas lógicas para buscar el sentido, ya no desde su campo literal, sino en su espíritu.

Esta interpretación supone derivar de los enunciados normativos, las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas sobre los enunciados normativos que son las premisas; es decir que el abanico de posibilidades se circunscribe solamente a las consecuencias lógicas posibles contenidas en las premisas sin que sea posible la extensión de estas.

• **Método Sistemático**

El ordenamiento jurídico es un todo sistemático ordenado y completo que, teóricamente, no admite contraindicaciones. En dicho ordenamiento, cada norma está dispuesta de tal manera que la una se apoya en otra u otras y, a su vez, sirve de apoyo a otras; o lo que es lo mismo, las normas que integran el ordenamiento son parte conectadas que se apoyan mutuamente, de tal modo que las unas se explican por medio de las otras.

En ese sentido, creada una norma jurídica, forma parte de la totalidad del ordenamiento jurídico, y este le impone una configuración, un valor y un sentido que debe concatenarse con la unidad de sistema.

Por medio de este método, la norma tendrá sentido y alcance como parte integrante de su precepto normativo específico; a su vez el significado de este, resultado del contexto.
lingüístico del ordenamiento jurídico y del contenido social en el cual éste se ubica.

Se distingue dos tipos de métodos de interpretación sistemático: por un lado, el método sistemático por comparación con otras normas, en el que el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el que quiere decir la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claras en otras normas y que no están claramente expresados en ella.

Por otro lado, el método sistemático por ubicación de la norma, la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, sub conjunto grupo normativo, etc., en el cual se halla incorporada, a fin de que lo que se quiere decir sea esclarecido por elementos conceptuales propios de tal estructura normativa, es decir se pretende obtener su significado a partir de su ubicación en el sistema de derecho.

- **Método Sociológico**

  El interprete, según este método para descubrir el sentido y alcance de la norma, debe tomar en cuenta diversos elementos de la realidad social donde ha de aplicarse.

  Uno de los objetivos centrales de este método es trabajar para lograr la adecuación entre Derecho y sociedad (esclarecimiento y adaptación de la normatividad a la realidad).

- **Método Teleológico**

  El interprete en lo que utiliza este método se orienta a determinar el sentido de la norma que sea conforme con los fines perseguidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines.
• Método Pragmático

Este método también denominado de los intereses.

Por medio de este método de interpretación se busca aclarar el interés que guió al legislador que dio la ley.

3.2.3. Integración Judicial
3.2.2.1. Aspectos Líminares

Debemos iniciar nuestro discurso con la premisa que más suministra la idea de plenitud de nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que consiste en el hecho de que el ordenamiento jurídico tiene una norma para cada caso que se presenta; no hay casos que no puedan ser regulados por las normas del sistema.

Señalar que, sin embargo, de lo esbozado procedentemente debemos ante un supuesto específico para lo cual no existe norma jurídica aplicable se procede a la integración de la norma.

Esta procedimiento refleja, que a pesar todo ordenamiento posee unidad y coherencia, ello no impide descubrir en las lagunas que ocasionan problemas para la consecución de los fines y valores que se intenta alcanzar dentro de una comunidad.

La muy minuciosa y casuística que puedan ser sus normas, ningún ordenamiento jurídico puede prever o adelantar a la pluralidad de casos que la realidad plantea, ello en virtud; que siempre la realidad supera al Derecho, toda vez que se presenta en dicha realidad sin cesar nuevas necesidades que obviamente no están previstas en la fórmula rígida e inflexible de la ley.
Ante este panorama incierto, entendido como cambio constante, de aparición súbita de nuevos circunstancias, no previsto en el ordenamiento jurídico, incrementa la posibilidad de que el Juez se encuentre en una encrucijada de no saber cómo resolver el entuerto; más aun, a la falta de una adecuada regulación jurídica se agrega el hecho de existir normas que, a primera vista, parecen contemplar en su supuesto el hecho en consideración, empleo de ser aplicadas resulta que llevan a una solución absurda o injusta.

3.2.2.2. Marco Conceptual

Paramos de la siguiente premisa comparativa:

La interpretación jurídica ocurre cuando existiendo una norma jurídica aplicable, su sentido normativo no resulta claro, bien porque existe cierta dificultad para aplicar el supuesto de la norma de hecho que ocurre en la realidad y que es al que se pretende normar.

En cambio, la integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se procede ante la inexistencia de norma jurídica aplicable y se debe o se considera que se debe producir una respuesta jurídica al caso planteado.

La integración jurídica así no aplica normas, sino que realidad crea una norma para el caso. Rubio (Idem: 279)

Alvarez (Idem: 285-286), define a la integración como la técnica a través de la cual se contemplan las lagunas existentes en un ordenamiento jurídico.

Respecto de la integración jurídica, se define como laguna del derecho a aquel suceso para el que no existe norma jurídica
aplicable, pero que se considere que debiera estar regulado por la ley.

Algunos autores sostienen que si los tribunales resuelven controversias interpretando el derecho entonces eso implica la existencia de un Derecho interpretable, por tanto el derecho es completo (no hay lagunas auténticas). Otros también sostienen que si el derecho es interpretable entonces el derecho es subjetivo, porque el objeto de la interpretación permite múltiples interpretaciones, por tanto la interpretación está en el fuero del interprete.

En el pensamiento de Dworkin, en el derecho es inaceptable sostener que existen dos respuestas igualmente correctas para un mismo caso, porque de ser así aceptaríamos que el sistema es incoherente, no es posible que sobre un mismo caso y sobre un mismo aspecto del caso, un juez pueda dar una respuesta A y otro una respuesta no A, si fuera cierto esto, entonces el sistema sería aceptable la inconsistencia, o la incoherencia, la racionalidad, la justicia y la corrección serían ambiguas, por lo tanto se debe rechazar la incoherencia y la inconsistencia porque la respuesta única subyace al sistema jurídico.

La coherencia del sistema implica la coincidencia entre todos los elementos del sistema como los preceptos, teoría política, moralidad, normas preestablecidas, la mejor decisión es la que tenga más coincidencias con los elementos del sistema, no son aceptables las decisiones fragmentarias, el juez debe ser principalista, un Hércules para descubrir la moralidad y las respuestas correctas para cada caso, pero no conformarse afirmando que cualquier respuesta vale si está amparada solo en las normas establecidas o en la facultad discrecional. Sólo valen las respuestas
amperadas de manera obligatoria en principios y en moral política, sostiene que en el sistema no sólo existen reglas sino principios y directrices y que la tesis de la adjudicación implica no sólo vincularse a normas positivas sino a principios, directrices, precedentes, teoría política y moral.

3.2.2.3. Carácter:

- La integración no utiliza una norma, sino que ante su ausencia, se “crea” o “veces lógicamente” una, para que sea aplicada por algún órgano de poder jurisdiccional o administrativo, caso contrario no se alcanzaría una decisión objetiva y materialmente justa.

- Supletividad, toda vez que es un procedimiento destinado a suplir, por vía jurisdiccional. Las omisiones o defectos en que pueda haber incurrido la legislación. En este carácter, al respecto tenemos que García (Idem, 374) citando a Pacheco refiere que cuando un funcionario público llamado a resolver un asunto descubre que los métodos, su interpretación son impotentes para ofrecer una solución al problema legal, tiene el deber de dejar de ser interprete, para asumir un papel semejante al del legislador, de no encontrar un precepto aplicable deberá hacer uso de los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda para cubrir las lagunas o varias legislativas. La insuficiencia de la ley no puede relevarlos de la obligación que tiene de resolver las controversias dentro del ámbito de sus atribuciones.

- Restricividad, la utilización de las reglas de la integración responden a este carácter en virtud a que constituyen una excepción al principio predominante en el sistema Romano
- germánico, según el cual las normas generales las crea el Poder Legislativo, por delegación a este, el Ejecutivo.

3.2.2.4. Fundamento Legal de la Integración

Nuestro ordenamiento jurídico al acoger en su seno la posibilidad de configurarse la integración, esto en virtud a que nuestro ordenamiento no es completo, al Juez está obligado a juzgar todas las cosas; en tal sentido tenemos:

Artículo 139° de la Constitución Política establece que: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

Inciso 8°

El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben de aplicarse los principios generales del derecho y el derecho constitucional.

Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que prescribe: Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Así, también nuestro actual Código Procesal Civil en su Artículo III del Título Preliminar señala que: (...) En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.
3.2.2.5. Métodos de Integración Jurídica

A. Analogía

La analogía como un método de integración jurídica, consiste en aquel procedimiento mediante el cual, la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.

El uso de la analogía requiere del requisito de semejanza esencial y ratio legis en el que se parte de una opción no demostrable lógicamente, en virtud de la cual se decide que el hecho ocurrido en la realidad es esencialmente igual al que describe el supuesto de la norma, cuya consecuencia se aplica aún cuando es de hecho distinto de él, asimismo, constituye un impedimento para su uso lo señalado en el inciso 9 del Artículo 139° de la actual Constitución Política, entre otros.

B. Principios Generales del Derecho

Otro método de integración jurídica reconocida por el derecho, es la recurrencia a los Principios Generales del Derecho; así el Artículo 139°, inciso 8 de la actual Carta Magna establece que, son principios y derechos de la función jurisdiccional, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; en tal caso, deben de aplicarse los Principios Generales del Derecho y el derecho consuetudinario.

Así también el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil también regula que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben de aplicar los principios generales del derecho.
En esa línea, el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, anota al respecto, la remisión a los principios generales del derecho procesal, cuando se está ante un vacío o defecto.

3.2.3. Aplicación Judicial

La aplicación del Derecho consiste en un proceso mental que parte de dos polos opuestos, el hecho social con relevancia jurídica y la norma que lo regula, a los cuales se les va aproximando poco a poco; acomodando reciprocamente el contenido de la norma jurídica al hecho social y viceversa, el hecho a la norma, hasta lograr su conjunción.

Para aplicar el Derecho, previamente hay que interpretarlo, aún cuando sea claro, pues la claridad es la consecuencia de un acto interpretativo. El Derecho es bien aplicado, cuando es bien interpretado.

Ante un supuesto específico para el caso no exista norma jurídica aplicable se procede a la integración de la norma.

En resumen, toda aplicación de una norma jurídica requiere una previa interpretación de la misma; esta en razón de que las leyes, en la mayoría de los casos, sólo contienen principios y reglas generales abstractas de regulación de derechos y obligaciones; cuyo sentido debe ser comprendido por el interpreté en función de las características peculiares del caso concreto al que ha de aplicarse. Palma (Ibid: 35-36). Ello manifiesta la importancia de la interpretación jurídica.
3.3. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

3.3.1. Generalidades

En una primera aproximación al tema, refiere Palma (Idem: 74), que el Juez se enfrenta a un caso o casos de controversia, a través de las alegaciones de los abogados de los justificables, quienes dan a conocer su versión de forma interesada respecto de los hechos suscitados, acomodando los acontecimientos a una determinada estrategia para obtener un pronunciamiento jurídico favorable de parte del juzgado.

Siguiendo esa línea el autor señala que, no resulta fácil enfrentarse a un caso o casos de controversia, mucho menos resulta fácil lograr la veracidad de los hechos controvertidos, toda vez que ello requiere el estudio profundo del hecho suscitado por parte del director del proceso, quien reconstruye los acontecimientos ocurridos en el pasado, volcando todo su conocimiento técnico, psicológico y jurídico a efecto de tener un juicio lógico y evidente del problema, no debiendo hacerse llevar por versiones subjetivas ni la presión de intereses subalternos, sean estas provenientes de instancias superiores (amigas, familiares) o de la opinión pública, como la prensa hablada y escrita.

Además señala que, al haber logrado el Juez un juicio lógico y evidente del problema, esto es al haberse logrado la denominada convicción del caso, recién se podrá proseguir con el siguiente paso, que es la selección del material normativo aplicable al caso y con ello una segunda aproximación al tema, toda vez que el Juez ya tiene una apreciación razonada que le permite aislar de las falsas generalizaciones y perjuicios, o aciertos. El operador jurídico, Juez, es el llamado a buscar el derecho positivo pertinente identificándolo dentro del abanico de posibilidades el texto normativo aplicable a la solución de los diversos problemas relevantes. Empero, ingresando
al tema en sí del presente tema, señalaremos que dicho material normativo no siempre se presenta completo y suficiente y, otras veces en oposición puede resultar excesivo y, hasta contradictoria para su oscuridad o ambigüedad; en tales casos es el Juez el llamado a resolver tales deficiencias ya sea con su capacidad creadora e integradora del derecho que la propia ley la faculta.

3.3.2. Aspectos Preliminares

La justificación clásica del poder del juez proveniente de lo expuesto por Montesquieu (1748): "Los jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".

El juez ha sido, como quedó anotado, a lo largo del desarrollo de la humanidad, un creador de derecho, por lo menos hasta que se reivindicó para el legislador la calidad de creador exclusivo del fenómeno jurídico.

De otro lado, el juez sin parámetros legales ha significado siempre un peligro, casi tanto como el juez sometido a la literalidad de la norma.

En ese sentido, resulta pertinente pormenorizar ciertos aspectos relacionados a lo que se denomina sistema jurídico y fundamentalmente en donde se desenvuelve el ordenamiento peruano, con la finalidad de determinar el contexto jurídico en que se desarrolla el juez como creador del derecho, para ello la Doctrina encuentra que a pesar de las particularidades de cada ordenamiento jurídico, se pueden descubrir ciertas coordenadas que los aproximan y permiten agruparlos y clasificarlos con arreglo a ciertos arquetipos o modelos. Cada ordenamiento revela una concepción del
mundo, una determinada manera de imponer las relaciones sociales que tiene estrecha relación con una cultura determinada, lo que se traduce en un conjunto de conceptos y métodos de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Así un sistema jurídico implica un conjunto de fundamentos culturales e ideológicos, así como los principios, reglas y métodos técnicos expresados dentro de un ordenamiento legal, lo que lleva a concebir una regla casi general según la cual existe un solo sistema jurídico dentro de una misma comunidad. René citado por García (Idem: 243).

Al decir de García (Idem: 243-244), un sistema jurídico tiene las siguientes características:

- Expresa los fundamentos culturales e ideológicos de contenido vital que informan un orden jurídico.

- Expresa las reglas técnico-morfológicas de carácter primario, secundario y terciario, conformantes de un ordenamiento jurídico.

- Expresa las fuentes del derecho, el orden jerárquico de las normas, así como los mecanismos de elaboración, interpretación, aplicación e integración jurídica al interior de un orden jurídico.

- Expresa el status y rol de los operadores del derecho.

Efectúa además ciertas precisiones entorno a la segunda característica referida:

Respecto a las normas primarias que plantean un conjunto deductivo de enunciados vinculados con la vida de relación, los cuales comprenden sus consecuencias lógicas; en ese sentido, un enunciado jurídico se correlaciona inevitablemente con un caso determinado y prevé una solución normativa en aras del bien común.
seguridad jurídica y la justicia, la permisión, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción humana en interfase inter subjetiva.

Respecto a las normas secundarias —cuya denominación se deriva de su enroncamiento con las anteriores— comprenden las reglas de promoción y cambio, de adjudicación y de cristalización.

- Las reglas de promoción y cambio establecen los órganos encargados de crear, abrogar, derogar o interpretar políticamente las normas de un ordenamiento jurídico (órganos parlamentarios y de control constitucional).

- Las reglas de adjudicación establecen los órganos encargados de aplicar e interpretar jurídicamente las normas de un ordenamiento legal, así como de la adopción de medidas administrativas y coactivas (órganos judiciales y administrativos).

- Las reglas de cristalización establecen los órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas (órganos policiales y de seguridad).

Respecto a las normas terciarias —cuya denominación alude a su carácter técnico, instrumental y auxiliar— establecen las reglas que definen términos, conceptos, categorías e instituciones imperantes en el interior de un ordenamiento jurídico: es decir, no instituyen directamente órganos, ni establecen deberes o derechos concretos.

El ordenamiento jurídico peruano se halla instalado dentro del sistema jurídico denominado romano germánico. La creación del sistema romano-germánico está ligada al renacimiento jurídico que se produce en el Occidente europeo en los siglos XII y XIII. La
nueva sociedad toma otra vez conciencia de la necesidad del Derecho como garantía de orden y seguridad. Se abandona el ideal de una sociedad cristiana fundada sobre la caridad y se renuncia a establecer en la tierra la ciudad de Dios. Se distingue entre la sociedad religiosa de los fieles y la sociedad laica, entre el fuera externo y el interno, ya no se confunde religión y moral con orden civil y Derecho; este adquiere autonomía propia, que quedará para siempre como característica propia de las concepciones y de las civilizaciones occidentales. La idea de que la sociedad debe ser regida por el Derecho no es nueva, pues en lo que se refiere a las relaciones entre particulares, fue reconocida por los romanos. Pero el retorno a esta idea en el siglo XII es un acontecimiento revolucionario (...), René en Torres (Idem: 809).

En este sentido, el sistema jurídico romano-germánico presenta ciertos caracteres que impregnan a aquellos ordenamientos que permanecen a este, caracteres que resultan ser fundamentales:

- Adopción de criterios relacionados con la moral cristiana, la democracia Liberal y la economía capitalista.

- La normas jurídicas se encuentran dotadas a priori de un espíritu doctrinario racionalista y abstracto, además de planos de individualismo y liberalidad.

- La ley representa la fuente formal de mayor importancia; y,

- En cuanto al operador del derecho, el juez goza de prerrogativas jurídicas y de prestigio y reconocimiento en su entorno social.

3.3.3. Denominada Zona de Creación

En toda norma jurídica existentes dos zonas distintas:
Una zona determinada, o fácilmente determinable, que no es sólo normativa sino que también se encuentra constituida por la parte fáctica; y,

Otra zona indeterminada, incierta, de duda, y hasta imprevisible, en penumbra; en esta zona es que se desarrolla la creación de derecho por los jueces. Esta se caracteriza principalmente porque la libertad principalmente porque la libertad interpretativa - valorativa - mayor hasta imprevisible.

3.3.4. La Legitimidad Democrática del Poder del Juez en la Creación

López (2001: 22-23), señala al respecto que el poder del juez, ciertamente, emana del pueblo. En cuanto al juez individualmente considerado, debe recordarse que la organización judicial se expresa en una multiplicidad de tribunales, a diferencia del carácter “concentrado” del legislativo y (en el ámbito de cada entidad territorial) del ejecutivo. Y cada uno de estos tribunales (órganos unipersonales o pluripersonales) tiene sobre los ciudadanos los que Montesquieu denominaba “ese poder tan terrible para los hombres”, disponer de su libertad, su patrimonio, y a veces hasta de su vida. Y ese poder, según la Constitución, debe emanar del pueblo.

Ahora bien, el vínculo del juez con la legitimación popular (que significa, como no puede ser de otra manera, la legitimidad democrática) no se produce mediante la fórmula propia de los demás poderes. El juez no es elegido directamente por el pueblo, como el poder legislativo: no tiene, en nuestro sistema (y, en la práctica, en muy pocos) una legitimación democrática de origen.

Tampoco la tiene en vía indirecta, como sería el caso, en los sistemas parlamentarios, del gobierno. Los jueces no son
alagidos por las Asambleas (no tenemos en cuenta ahora sistemas presidencialistas, como algunos latinoamericanos en que algunos jueces si lo son) y, sobre todo, no responden políticamente de su actuación mediante el sometimiento periódico de su actividad a la aprobación popular o parlamentaria, sometiéndose a procedimientos de reelección o a sesiones de investidura.

La legitimación democrática del juez, a la vista de los mandatos constitucionales, se produce por otra vía una legitimación de ejercicio, no de origen. El juez, en el ejercicio de su “terrible poder” no aplica más voluntad que la voluntad de la ley, no aplica la voluntad de otros sujetos, ni siquiera la suya propia. El juez se inserta dentro de la legitimidad democrática de los poderes del Estado en cuanto se convierte en mecanismo de aplicación, en casos concretos, de la voluntad popular manifestada de forma general en la ley.

Tal es el fundamento de la exigencia de independencia e imparcialidad del juez. No puede someterse a los mandatos e influencias de otros (independencia) ni pueda, por otro lado, decidir en virtud de preferencias personales (imparcialidad).

3.3.5 Misión

La función de creación del Derecho por los jueces tiene dos misiones:

- **Misión social.** Representada por la solución del conflicto de intereses o la dilucidación de la incertidumbre jurídica.

- **Misión jurídica.** Reflejada la opinión jurídica de la sociedad, así como las posiciones prevalentes en ésta sobre los grandes temas del derecho.
3.3.6 Clases

- **Creación material.** Es la denominada inter partes. El accionar del juez está dirigido a un “ambitus” denominado cerrado, toda vez que es de interés único y exclusivo de las partes por la repercusión que significa, pero que efectivamente constituye una creación, ya que se modifica el status de las partes inmersas en el conflicto de intereses o en la incertidumbre jurídica.

- **Creación formal.** Es la jurisprudencia.

3.3.7 Presupuesto para la Creación del Derecho

Según el distinguido profesor Morón (2003:88), la actividad judicial no puede seguir siendo una prolongada y alentora discusión de formas, es imprescindible convertirla en un medio eficaz de lograr la paz social en justicia. Por ello lo trascendente no es la aplicación de la ley al caso concreto, sino más bien la vigencia real del sistema jurídico al resolverse ese conflicto.

Por ello, resulta pertinente anotar el presupuesto para la creación de Derecho, es la existencia de un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica, permitiendo con ello que se viabilice el derecho; el primero entendido como la contraposición de dos intereses y el segundo como la falta de certeza en ambos eventos con relevancia jurídica.
3.4 MOTIVACIÓN, ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.4.1. Punto de Partida

El Juez es creador del derecho, al resolver un conflicto de intereses o al dilucidar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

En este punto, es importante anotar el pensamiento de Prieto (Idem:129) que enfatiza, que los jueces desempeñan una función creadora de Derecho en el sentido fuerte de la expresión, que sus decisiones incorporan al menos una dimensión subjetiva o moral que va más lejos de lo previsto por el Derecho, que, como mínimo, a partir del material jurídico puedan sostener soluciones diferentes a propósito de los mismos problemas fácticos, son afirmaciones que básicamente se interpretan como verdaderas o falsas, no como ideales hacia los que se debe tender.

Por su parte, Martínez y Fernández (1994: 29) señalan que, podemos crear que al operador jurídico, y en concreto el Juez, tiene la absoluta libertad y goza también de un margen absoluto de discrecionalidad a la hora de interpretar las normas jurídicas, de tal manera que la interpretación no es más que el resultado de un puro decisionismo judicial. Nada más lejos de la realidad, pues, aunque el marco normativo ofrece siempre un abanico de posibilidades al intérprete y en concreto al juez, éste siempre ha de moverse dentro de unos límites racionales si quiere que su decisión sea jurídicamente correcta y socialmente acatada como tal.

En efecto, el Juez busca lograr una decisión judicial reflejada en una sentencia objetiva y materialmente justa.
3.4.2. Motivación Jurídica

3.4.2.1. Aspectos Generales

El proceso judicial como conjunto de actos procesales o como instrumento mediante el cual el Poder Judicial ejerce función jurisdiccional, se dinamiza a través de procedimientos establecidos. Así como, para su operatividad debe de reunir una serie de condiciones y fundamentos indispensables, que son los denominados principios procesales.

En efecto, Monroe (Idem: 80) señala al respecto que en definitiva, los principios procesales acogidos en un código son expresiones de una determinada tendencia. A pesar de ello, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trasciende su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Estamos abogando por la relativización de los conceptos y de los principios procesales. Es indispensable que el Juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades e intereses sociales al tiempo de su uso.

Estos principios procesales no solo son orientadores y reguladores del régimen jurisdiccional en nuestro sistema judicial peruano, sino también constituyen condiciones sobre cuya base se ejerce la función jurisdiccional. Nuestro derecho positivo - naturalmente, se hace referencia a la actual Constitución Política del Perú y a la Ley ordinaria - y la doctrina - En ese sentido, la doctrina reconocida por la jurisprudencia nacional- nos ofrecen una gama de principios procesales; sin embargo, juega un papel importante, para el presente tema, el denominado Principio del Deberido Proceso, consagrado en el Artículo 139° inciso 3 de nuestra actual Constitución Política.
Carrión (2000: 39-40), concibe al debido proceso en el plano doctrinario y en el propio plano legislativo, por un lado, como un derecho de los justiciables frente a los encargados de ejercer el poder de decisión, y por otro lado, como un principio procesal.

Señala además que, el debido proceso como un derecho, supone dos puntos de vista: estático y el dinámico. El que conviene subrayar al respecto, es el estático, toda vez que el proceso desde este punto de vista, resulta ser un instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional, el que debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la contradicción, y, fundamentalmente el derecho a que las decisiones judiciales estén motivadas fáctica y jurídicamente.

En consecuencia, se afirma que el debido proceso tiene como exigencia una decisión motivada; pero ¿de que motivación hablamos?: congruente, arreglada a derecho y razonable; o, arreglada a derecho o razonable.

La prestación jurisdiccional se obtiene cuando, después de un proceso o de los trámites adecuados, el Juez o Tribunal dicta la sentencia o la resolución pertinente, acto decisorio que, a través de un juicio racional y voluntario, conlleva la apreciación subjetiva de conformidad o disconformidad de la pretensión ejercitada con el derecho objetivo, otorgando o denegando ésta.

En esa función el Juez no es automata, sino que dispone de un margen de apreciación que el T.C reconoce y respeta, siempre y cuando ese margen no afecte a derechos fundamentales.
Ese margen de apreciación se manifiesta en el hecho de que la interpretación y aplicación de las leyes tiene normalmente varias opciones y mientras esas varias opciones se mueven dentro del campo de la racionalidad o de la razonabilidad, el TC no puede imiscuirse en ellas, incluso aunque pueda creer que una interpretación es más razonable que otra. Sólo puede intervenir si la motivación es irrazonable y de constatarla se limitará a anular la resolución, a fin de que se dicte otra adecuadamente motivada.

La resolución en la que se materializa la tutela judicial efectiva debe reunir una serie de requisitos, el primero de los cuales es el de ser motivada. Chamorro (1994: 203-204).

3.4.2.2. Un Paso por la Historia

Actualmente, no se concibe o resulta imaginable que, cualquier decisión judicial que expida un Juez, no vaya precedida de una motivación - en este punto se hace referencia a que la exigencia de motivar, se encuentra al margen de su consagración o no en el derecho positivo -.

La motivación de las resoluciones judiciales no responde a una exigencia inmanentente de las mismas ni de las instituciones sino que es característica de una determinada coyuntura histórica. Es, simplemente, expresión de una cultura jurídica y política, que ve en ella un gesto de acercamiento -o, si se quiere, de cortesía como tantas veces ha dicho el Tribunal Supremo- entre el Poder y el ciudadano. Nieto (2000: 140-141).

La motivación o ausencia de esta en las decisiones judiciales, ha través de la historia, ha tenido diversos significados y finalidades.
A. En la Edad Media y Antiguo Régimen

La motivación se ve expresada como una excepción a la regla general, de no motivar las decisiones judiciales.

B. La no motivación

En el Derecho Romano, no existía el deber del magistrado de motivar sus decisiones. Se respetaba la decisión del Juez, en virtud a su prestigio social, máxime si la función de administrar justicia se encontraba asignada a los miembros de la nobleza.

Durante la Alta y Baja Edad Media, en casi todos los sistemas jurídicos conocidos, las decisiones judiciales no se motivaban; esto es, carecían de motivación, salvo en algunos casos que registra la historia; así tenemos la Partida III, Título XVIII, Ley 110 y el Título XXI, Ley 1, en donde se le imponía al Juez la obligación de expresar las razones por cuales fallaban de esa manera en el caso concreto.

Aquatilando más a la regla de no motivar las decisiones judiciales, se dice que la motivación no estaba prohibida pero sí era consideraba desaconsesable.

En el Derecho Culto y Escrito se recoge como primer testimonio a Inocencia III (1199) donde la motivación tiene un carácter superfluio en virtud a que la autoridad del juez protegía a la sentencia con la presunción de validez; no siendo por ende necesario la motivación.

Los Canonistas y los Glosadores siguen la misma tendencia descrita anteriormente. Como se observa la motivación de las sentencias era un tema inquietante, pero la misma no se contempla en ninguna teoría, como tampoco norma concreta que lo exigiese.
inclusive durante el siglo XIV, se llegó a decir que los jueces debían cuidarse de mencionar la causa de la decisión; tampoco podían ser publicadas las resoluciones judiciales sin autorización del parlamento. Incluso el propio Montesquieu, que sostenía que las sentencias debían ser conocidas; sin embargo, no se preocupó de esbozar una teoría de la motivación.

Esta tendencia llega hasta el siglo XVII, en la que se añade a la motivación hasta esas memorias no necesaria, un carácter opcional de su realización sin embargo, se suma a ello el elemento condicional de la no manifestación a fin de no dar ninguna reclamaciones por parte de quien ha perdido.

En el Derecho Castellano, si bien se recomienda la motivación como regla, que excepcionan en supuestos muy concretos: el juez debe encubrir también la causa y razón que le movió para sentenciar cuando de ello pudiera resultar deshonra de tercero, a contrario sensum, esto es ante un juicio escandaloso expresaría las causas que le movieron.

La historia informa que, hasta antes de la primera mitad del siglo XVIII, fue inexistente el deber de motivar las decisiones judiciales.

Son los Jueces de Audiencia de Mallorca, en el Estado español de la primera mitad del siglo XVIII, fueron los precursores de la motivación, ya que motivaban sus sentencias.

C. La prohibición de la motivación
C.1 La Generalidad del Derecho Europeo
Los caracteres esenciales extendidos en el Derecho Europeo, son: 1) La unaeccesidad de la motivación de las
sentencias, y 2) su prohibición legal rotunda. Dicho pensamiento se extendió a los reinos orientales de España como secuela de la guerra de sucesión.

C.2 Algunas Excepciones del Derecho Europeo

Ante la heterogeneidad de la legislación Europea, se presentan zonas de excepciones en donde la motivación era impuesta o al menos practicada. Así tenemos:

- Los Tribunales de la Rota y el Oriente Peninsular; sea por las razones que fueren, es el caso que en los Reinos de Aragón, Valencia y Mallorca y en el principado de Cataluña, las sentencias se motivaban.

- En las fuerzas Aragonesas del siglo XVI se obligaba al tiempo que valoren de decir las causas y fundamentos principales, así de fuero como de Derecho, en lo civil como en lo criminal, las que eran asentadas en el Libro de Consejo del Juez; además de la comunicación a la parte(s) que lo solicita(n).

- Entre los siglos XIII y XVIII en Europa, particularmente en Italia, se seguía la regla de la no motivación, esto es, que la sentencia era expedida sin motivación, toda vez que solamente contenía la identificación de la causa y la parte dispositiva o fallo, acostumbrándose a formular una suerte de expresión de motivos de la sentencia, el mismo que corría en documento oficial y separado de la sentencia, esto es, no era parte integrante de la sentencia y en muchos casos la redacción de este documento se hacía en fecha posterior a la de la emisión de la sentencia; por lo que se debe concluir que si bien resulta ser cierto que esto constituyó un práctica generalizada en Europa, no debe ser considerada como un deber de motivación de las decisiones judiciales.
En la Corte de Monzón de 1564 para la Real Audiencia de Valencia y para el Principado de Cataluña, la Corte de Monzón de 1510 ocurre lo mismo.

Para Mallorca, el Auto acordado recogido en 223, duda 1ª de la Recopilación ordena que en su Audiencia las sentencias se escriban en lenguaje castellano y con expresión de motivos.

C.3 La Época Constitucional

El cambio del pensamiento embozado anteriormente, se produce en el siglo IX ante la presencia del Pensamiento Ilustrado, el que abandonó la concepción de la no motivación; esto es, un cambio de actitud respecto a la motivación. Para los ilustrados, la motivación representativa un arma de gran utilidad incluye envuelta del carácter de la imprescindibilidad. Este movimiento ideológico concluyó positivizándose legalmente en la Revolución Francesa, plasmándose en el Artículo 15ª del Título V de la Ley Francesa del 24 de Agosto de 1790, Ley sobre Organización Judicial, en que se imponía el deber de motivación de las resoluciones pero por razones políticas, mandaba que el Juez expresase en su sentencia los hechos probados y los motivos determinantes de la decisión.

En el año 1834, una disposición del Consejo del Estado Francés llegó a establecer que la falta de motivación violaba las normas sustanciales de toda decisión en materia contenciosa, este a decir de Pareman, Ch, en Ghiradi (1997:99) es un principio natural o, cuando menos, como un principio general del derecho, puesto a la luz luego de una tenaz lucha por el progreso del derecho entre los pueblos civilizados de la tierra.

El Conservadurismo Español generalizó rápidamente la impartición de las ideas francesas, directamente en el ámbito civil y contencioso administrativo, exigencia generalizada en el Artículo
En conclusión, la exigencia de la motivación refleja la ideología política de la Ilustración.

3.4.2.3. Delimitación Conceptual (De género a especie)

Ghirardi (Idem: 100) señala que motivo o motivar viene de motívum, que significa “lo que mueve” o “algo que mueve”. En un primer momento, nos parece que se refiere más bien a la causa motivante (eficiente) o a la causa final, es decir, a la razón por la cual el juez se decida por una tal solución.

Continúa su discurso añadiendo que, el motivo es, antes que nada la razón del acto, el conjunto de consideraciones racionales que lo justifica.

El motivo es siempre la razón determinante que hace la razón volente se inclina por una decisión. En este sentido, también y siempre, es sinónimo de causa, pero esa decisión ha sido lograda racionalmente, luego de una deliberación (deliberación consigo mismo, en el caso del Juez, luego de escuchar a las partes) y su espíritu le mueve a producir esa resolución.

La motivación (en sentido amplio y genérico), como aparece en la constitución, equivale a fundamentación de la sentencia. Esta por un lado, como parte del universo denominado “resoluciones judiciales”, toda vez que resulta usual que cuando se trata de motivación se le de la atención prioritaria, a esta lo que no se exceptúe de perder de vista que la motivación es también exigible para los demás clases de resoluciones judiciales. Por otro
lado como un fenómeno anímico, como un proceso psicológico que tiene un (reg. mental).

Conviene destacar también, lo anotado por Mixan (2002: 288), al señalar que, en el lenguaje español la segunda acepción del verbo motivar significa: dar a explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa. Este significado del verbo motivar lo extrae del Diccionario de la Lengua Española, T. II. Real Academia Española.

3.4.2.4. Clases de Motivación

Anotemos un ejemplo al respecto.

¿Por qué tomó el juez tal decisión de condenar? ¿qué razón psicológica le movió a ello? pues porque estaba de muy mal humor ese día, porque tenía enemistad personal con el procesado, así se explica psicológicamente, este es el motivo, ahora la justificación o la fundamentación, aquí nos salimos de la psicología, tenemos que entrar en el derecho ¿Cómo se justifica la condena? pues porque el Juez, el procesado realizó el tipo contenido en el tipo de Artículo 422 del Código Penal. Nieto García (1998: 186).

La motivación de la decisión judicial se configura, tanto por las causas psicológicas, así como, por las razones de hecho y derecho en que ella se sustenta. La motivación es equivalente a fundamentación; en tal sentido la motivación sería la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial.

De lo señalado líneas precedentes, se desprenden efectivamente las dos clases de motivación, que a continuación se desarrollarán.
A. Motivación Psicológica

Es la denominada explicación. Se encuentra constituida por las causas o razones de orden psicológico de la decisión del Juez; esto es, por sus creencias, prejuicios, deseos, concepciones del mundo, entre otros; lo que refleja la denominada cadena causal interna.

La motivación psicológica se desarrolla en el contexto de descubrimiento.

Esta clase de motivación, apunta a un propósito descriptivo.

Responde a la siguiente interrogante: ¿Por qué se ha tomado la decisión judicial?, de lo que se infiere que las motivaciones psicológicas al ser previas a la decisión misma que se toma determinan el sentido de la decisión judicial.

B. Motivación Jurídica

Llamada también Fundamentación.

La motivación jurídica está constituida por un conjunto de razones de hecho y de derecho que sustentan una sentencia objetiva y materialmente justa. Esta se desarrolla en el contexto de justificación.

Esta clase de motivación tiene un propósito evaluativo o normativo.

Responde a la siguiente interrogante: ¿Por qué se debió tomar tal decisión?, infiriéndose que ese conjunto de razones tanto de hecho y derecho que se aportan, al ser posteriores, van a apoyar a la decisión judicial resultante.
En conclusión a las dos clases de motivaciones descritas, afirmamos que:

- El Juez, como un ser humano, como una unidad, se mueve también por razones psicológicas; sin embargo, como titular de un Poder del Estado – Poder Judicial- tiene que ser coherente con los fines que se le encomienda; esto es, que si bien es cierto el Juez no se puede fraccionar al momento de resolver un litigio, para estar acorde con los fines que se le encomienda, debe imperativamente de evitar en todo lo posible que las causas psicológicas negativas – en el sentido de que puedan afectar una decisión judicial- y de la cuales toma conciencia al momento de decidir, puedan determinar al sentido de la resolución.

- Las causas explicativas, pueden ser desconocidas por el Juez, y en ocasiones rechazadas energicamente, mientras que las razones justificativas han de ser buscadas y desarrolladas por el Juez en una operación intelectual, sin embargo, si estas causas explicativas, resultan ser racionales pueden además de explicarse justificarse; en cambio, si estas causas psicológicas son irracionales, se podrán explicar pero no justificar jurídicamente.

### 3.4.2.5. Formulación de la Motivación Jurídica

#### A. ANTECEDENTES

Entre nosotros tenemos:

#### A.1 En cuanto al primer nivel

- Constitución de Cádiz de 1812: prescribió el deber de motivar al acto que ordenará el internamiento de un proceso en la cárcel (Artículo 293). Sin embargo, no sucedió lo
mismo con la sentencia, ya que no se decía nada respecto a su motivación.

- Constitución Política del Estado de 1823; omitió prever el deber de motivar las resoluciones judiciales.

- Constitución de 1826; igualmente, omitió prever el deber de motivar.

- Constitución de 1823 y la de 1839; la motivación, la que consistió en destacar como elemento principal la “expresión de la ley” y como elemento subsidiario “los fundamentos en las que se apoya”. (Artículos 123° y 125°, respectivamente).

- Constituciones de 1856 (Artículo 128, 2° párrafo) de 1860 (Artículo 127, 2° párrafo) de 1920 (Artículo 154°); y, de 1933 (Artículo 227, 2° párrafo); prescribían el deber de motivar la sentencia, la que consistió en la disyunción: “expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyan”.

Lo que caracteriza a estas constituciones es que son reflejos de la falta de firmeza en la conceptualización de lo que implica la motivación de la sentencia.

- Constitución de 1867, prescribió que: Resulta fundamental este precepto constitucional, toda vez que representa; por primera vez; en el Perú que se asumió y posicionó correctamente el concepto de motivación de sentencia.

- La antecesora de la actual Constitución, la Constitución de 1979, consagra declarativamente la conjunción de los elementos del concepto de motivación. Extiende el deber de motivar a todas las resoluciones judiciales (Artículo 235 inciso 4).
Los elementos a que se hace referencia son: la "La ley" y los "fundamentos"; éstas, son los fundamentos de índole jurídico y de índole fáctico (de hecho).

La motivación además debe ser en forma escrita para expresar los fundamentos señalados.

A.2 En cuanto al segundo nivel

- Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912, no contenía prescripción alguna respecto del deber de motivar la resolución. Aunque los artículos 183 y 187, mencionaba al respecto de una manera indirecta. "Si resulta resolución, la redactará el miembro de Sala que ésta designe..." (Artículo 183° parte pertinente del 1° párrafo); y, "si alguno de los vocales discrepa en cuanto a los fundamentos de la resolución, sin perjuicio de firmarla, puede expresar las razones de su voto al pie de la resolución..." (Artículo 183°, 2° párrafo).

También aparece la proposición, "los votos discordantes y las singulares, así como sus fundamentos, se pondrán a continuación de la resolución ......." (Artículo 187°).

- Código de Procedimientos Civiles de 1912, dice "Toda resolución definitiva o interlocutoria que decida un artículo, deberá ser fundada bajo pena de nulidad". Esta norma es completada con otras, como cuando se dice que "la decisión debe ser con arreglo a la acción deducida en juicio" (Artículo 348 y 349). En consecuencia, este articulado demuestra que dicho cuerpo adjetivo civil no prescribiría expresamente respecto del deber de motivar las resoluciones judiciales.
El Código de Enjuiciamiento en materia Penal de 1863, previo que
*Toda sentencia debe ser motivada*
Y en su Artículo 42 preceptivo: "El cuaderno del proceso contendrá una breve relación del delito cometido y del modo como hubiese llegado a noticia del juez, y el mandamiento del instruir el sumario." (Artículo 108)

El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, no empleó el concepto motivación, optó por enumerar los fundamentos específicos que debían continuar tanto la sentencia absutoria como la sentencia condenatoria.

Código de Procedimientos Penales de 1940, al igual que el anterior, cuerpo adjetivo penal, no expresaba un concepto de motivación y enumeraba lo que debería contener una sentencia absutoria y condenatoria. (Artículos 284º y 285º)

**B. Constitución Política del Perú de 1993**

La encontramos *positivizada* constitucionalmente en los denominados "Principios y Derechos de la.....Función Jurisdiccional" recogido en nuestra actual constitución política. En efecto, declara en el Artículo 139º. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto las decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

En ese sentido, la motivación de las resoluciones judiciales positivamente representan: Por un lado una indiscutible garantía de la administración de justicia; una garantía procesal, un principio fundamental de la función jurisdiccional; y, por el otro representa un deber jurídico ¿De quien? de los magistrados de todas las instancias.
La contravención, la infracción o la mohoservancia de este principio daría lugar a la arbitrariedad de los encargados de administrar justicia; así como representaría un atentado contra el debido proceso y contra la tutela jurisdiccional a que tienen derecho todas las justiciables.

Haciendo un análisis al respecto, Palma (Idem: 67) considera que la prescripción que se hace del Artículo 139° inciso 5° de la constitución Política obliga a la autoridad jurisdiccional a lo siguiente: 1) explicar coherente y del por qué se toma una o cual determinada decisión, 2) cual fue la causa que a motivo, y 3) cuáles son las circunstancias que le inducen a conducir convincentemente sobre la afirmación o negación de un hecho.

Ahora bien, este análisis que se hace del Artículo 139° inciso 5° de la Constitución Política, no es el adecuado dejando sentado mi postura en el ítem concerniente al contenido de la motivación que guarda relación al respecto.

No se debe perder de vista para seguir el razonamiento que se emplea en la elaboración del razonamiento que se emplea en la elaboración del presente trabajo; que se hace referencia, específicamente a la sentencia.

C. Código Procesal Civil de 1993

Este cuerpo normativo adjetivo prescribía al respecto: "La relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y las respectivas de derecho que sustentan la decisión, la que se sujeta al mérito de lo actuado y del derecho" (Artículo 122, inciso 3)
D. Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica Del Poder Judicial (Decreto Supremo Nº 017-93-Jus)

Así también, con carácter más preciso se ha formulado la regla en el artículo 12º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescribe: “Todas las resoluciones, con exclusión de los de mero tramite, son motivados bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan.”

De los fundamentos en que sustentan, pudiendo estas ser reproducidos en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado.

3.4.2.6. Contenido de la Motivación

Aceptado por parte del Juez el deber jurídico de motivar una resolución judicial sentencia propiamente dicha, se vislumbra una serie de problemas; relacionadas con el contenido que tendría dicha motivación jurídica, es decir ¿Cuál será los extremos sobre los que ha de recaer la motivación jurídica?

A cuyo propósito, muy poco valdría la lectura de los textos normativos, dado inclusive que la redacción del artículo 139º inciso de nuestra actual Constitución Política no es muy explícita, inclusive semánticamente: “Sin principios y derechos de la función jurisdiccional”. La motivación... con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.”

En ese sentido, al Código Procesal Civil de 1993 en su Artículo 122º, inciso 3 prescribe: “La relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y las respectivas de derecho que sustentan la decisión...” como podemos observar,
encontramos en ambos preceptos anotados, elementos que no se presentan precisos: ley aplicable; y, fundamentos de hecho y de derecho. Elementos últimos en que se pone énfasis.

Así también, el Texto Único Ordenado de la Ley Organica del Poder Judicial en su Artículo 12° señala que: Todas las resoluciones, con exclusión de las de menro trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan....

En efecto, se presenta uno de los elementos referido en los preceptos anteriores, como son los fundamentos.

En síntesis, la motivación incluye, al decir de Mirán (Idem: 380), como contenido (significado) una convergencia plural de sub-conceptos, juicios e inferencias; tales como siguiendo el desarrollo efectuado por dicho antes son:

A. Los de contenido Sóntico (fáctico)

La motivación sobre los hechos relevantes del litigio (quanto facti) presenta siguientes características, que se describen a continuación:

- Constitución, por el objeto o caso materia de la decisión; en ese sentido, son los hechos o porción de la realidad incorporada al proceso por las partes;
- Finalidad, presentar el perfil reconstruido de dicho caso (hecho, comportamiento, fenómeno, etc);
- Destino de su argumentación, demostrar la verdad concreta lograda al respecto o si las dificultades ha sido tales que no
ha permitido avanzar más allá del grado probable, o, si, por el contrario, se ha descubierto la falsedad o el error.

* Desde mi punto de vista, se debe demostrar la verdad - el derecho fundamental a la verdad, es un derecho implícito o inamovible amparado en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú - jurídica objetiva, conviniendo subrayar que la Verdad, en el ámbito del proceso se encuentra integrada por todo tipo de juicios: llámese juicios, lógicas, históricas y críticas; además, por los juicios normativos y axiológicos. La verdad es un valor recogido por el derecho que no solo imponer a las partes expresar la verdad de los hechos, conducirse con velocidad en el proceso, procurar su demostración, y además básicamente, que el Juez haga prevalecer la verdad.

* Jurídica; tanto existe identidad en el proceso de constatación entre los hechos probados y relevantes del litigio y las supuestas fácticas de la norma; por consiguiente, los hechos relevantes del litigio por su significación y trascendencia para el derecho objetivo, componen dicha verdad. Para proceder a la calificación jurídica de los hechos, para juicios de valoración fácticas y jurídicas, es decir se habla de una argumentación que exige como condición una evaluación “valoración” rigurosa de las fuentes y medidas de pruebas.

* Objetiva; los hechos relevantes del proceso además de tener una trascendencia jurídica, son hecho verificables cuya existencia se puede constatar con elementos probatorios objetivos se puede constatar por la instancia superior jurisdiccional, por las partes, por terceros y cualquier operador jurídico y aún la comunidad en el supuesto de
formular críticas a las resoluciones judiciales que se hayan expedido.

- Caso a resolver es "de puro derecho"; por lo que será inexistente el elemento fáctico.

B. Los de índole jurídica

Representado por el análisis de las razones en el aspecto normativo (qua estio juris) razones que expone el Juez en el proceso de elaboración de la decisión. A continuación características que se presentan:

- Referente, está dado por la prescripción jurídica pertinente para resolver el conflicto de interés o para dilucidar la incertidumbre ambas con relevancia jurídica.

- Actividad enteramente cognitiva y dialéctica; se complica, toda vez que se trata de comprobar, con la mayor precisión posible, si el caso (reconstruido) corresponde al supuesto factico de la norma. De ser positiva de la comprobación, pasaríamos a identificar el sentido de la compilación jurídica que contiene dicho juicio jurídico y aplicarla al caso.

En consecuencia, queda anotado que el juez desarrolla una actividad enteramente dialéctica porque de los hechos va a la norma de esta vuelve a los hechos, realizándose dialécticamente, toda vez que, en el primer análisis de los hechos va realizándose un proceso de selección de normas con posible vocación, permitiendo una mayor determinación de los hechos y así sucesivamente, hasta decidir lo que corresponda al caso concreto, esto es la decisión final. Esta fase es la contrastación entre el caso y la prescripción jurídica.
- Implicancia, del nivel de la motivación, efectuar inferencias de índole jurídica; así como la aplicación de la argumentación jurídica.

- Confusiones al respecto, en los expedientes judiciales confunden "fundamentos de derecho" con el numeral del artículo que es un medio de ordenación e identificación de la proposición jurídica ("disposición"). El fundamento del derecho (la razón jurídica) está en la prescripción jurídica y se encuentra determinada por el sentido de la computación que contienen el juicio jurídico.

C. **Logicidad**

La motivación se ve concretizada mediante el razonamiento, que responde a la menor corto? o mayor complejidad ?extenso?.

Para que la argumentación, tanto de índole enunciativa (ítems 3.6.1.) como de índole jurídico (ítems 3.8.2.) sea impecable es exigible a quien la efectúa que aplique los principios lógicos pertinentes para el caso concreto, así como las reglas de las inferencias que utiliza; es decir realiza un control de logicidad, denominado a la verificación que se realiza para conocer si un razonamiento es lógicamente correcto.

C.1 **Control de Logicidad**

Se ha llamado control de logicidad al examen que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. En otras palabras, se quiere controlar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar, esto es, se controlan los errores incoherentes. Chirardi (ítem: 106)
C.2 El Principio de Razón Suficiente

Formulado por Leibniz (1714) en los siguientes términos:

"Ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna enunciada verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo."

Se ha adoptado el Principio Lógico de la Razón Suficiente como fundamento racional del deber de motivar una resolución judicial.

Este principio, visto desde dos ángulos, como principio antológico y lógico; toda vez que su observancia en los momentos de argumentar una decisión judicial representa no solamente un deber jurídico, sino también una garantía procesal, por tanto permite en ese vaivén de resolver el conflicto de intereses o dilucidar la incertidumbre jurídica, que las partes a sus respectivos defensores conozcan el contenido explicativo y la justificación consistente en las razones determinantes de la decisión del Juez, esto es, conocer la motivación.

Rodrigo en Gamarra (2004:47-49) destaca que el Principio de Razón Suficiente es uno de los principios que ha dado lugar a mayor número de discusiones; discusiones que versan sobre su fundamento lógico y antológico. Nos ha de recordar que el Principio de Razón suficiente fue introducido entre los principios llamado lógicos por Leibniz y que posteriormente fue estudiado profundamente y discutido profundamente por todas las lógicas posteriores. Resalta que, uno de los filósofos que con mayor determinación se ha ocupado de este principio ha sido Schopenhauer.

En ese sentido, Dénico manifiesta que el Principio de Razón Suficiente es que el principio que explica la exigencia de la
mente para buscar el fundamento de todo existir de todo ser, o de todo modo de ser por Leibniz pone de manifiesto lo expresado en cuanto al significado del Principio de Razón señaló que nada hay que no tenga una razón que basta para explicarlo. Frente a cualquier modo de la realidad que suscita nuestra atención. Si el modo de la realidad que indagamos es el conocimiento entonces buscamos el fundamento de nuestro conocer. Si se investiga más en el Principio de Razón suficiente inmediatamente nos percatamos que ello implica una cierta graduación de la realidad y del conoecer. Se busca siempre ese fundamento, el cual consiste en procurar hacer visible en el juicio que contiene Leibniz, va más allá de una simple concepción de este principio, pues inserta el papel del Principio de razón Suficiente en el pensamiento jurídico y en la práctica del derecho, he ahí, el papel central.

El Principio de razón Suficiente en el pensamiento jurídico y en la práctica del derecho, funciona principalmente como una exigencia de fundamentación conceptual, lógica; todo ello dirigido a la actuación del Juez cuando declara fundada una demanda. Ello quiere decir, considera que la pretensión del actor se funda en la ley o en los “principios generales del derecho”; más exactamente, que en la pretensión del actor se cumplen las condiciones para que se realicen determinadas consecuencias que constituyen el objeto de la pretensión.

En conclusión, se considera que el Principio de razón Suficiente, expresa el deber de dar razón, de expresar la razón, como exigencia universal, en virtud a, por un lado al deber que emana de la máxima ley como es la constitución política (artículo 139° inciso 5); y por otro lado no con ello menos importante, radica en la imputación que se le atribuye a todo ser racional, de dar razón de sus decisiones, máximo si dicho ser Juez tiene que poseer dicha
tribución en cualquiera de sus formas; llamése resolución, dictamen, etc.

D. Forma

El Artículo 139° inciso 8 de nuestra Constitución Política prescribe la forma de la motivación jurídica. Es pues, que los fundamentos deben ser expresadas por escrito, ampliando correctamente las reglas del idioma y a la vez ampliando rigurosamente el lenguaje jurídico exigible para el caso (semántica - sintáctica)

3.4.3. Argumentación Jurídica

3.4.3.1. Delimitación Conceptual (De género a especie)

Argumentar en sentido amplio, significa valerse de argumentos; argúz, aducir razones favorables a la causa propia o contrarias para la adversa.

El sinónimo de argumentar es justificar, explicar, razonar, descubrir, demostrar juicio, analizar.

Argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas; a la luz vinculante de los principios y además normas lógicas pertinentes, para obtener, secuencias y correctamente, conclusiones que, seguid el caso, afirme o nieguen la subsumición del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidar o la diligencia formal o real de la norma jurídica dado o afirmar o nieguen la pertinencia o impertinencia, la aplicabilidad o inaplicabilidad o la
compatibilidad o incompatibilidad, etc., de la norma jurídica en el caso concreto, que, en sintaxis, conduzcan al sujeto cognoscente a asumir la decisión que sea la solución adecuada y válida. Mixta (Idem: 269).

3.4.3.2. Etapas

Las etapas del razonamiento jurídico comprenden: a) la selección de los datos de hecho o determinación de hechos (puntos controvertidos), b) la selección de material probatorio para reconstruir la realidad, c) la selección del material normativo (interpretar la norma existente o actuar ante un vacío cuando no hay norma), d) la justificación interna, mediante la utilización del silogismo jurídico, el traslado de los hechos a las normas jurídicas, no es una mera aplicación sino hay que interpretar, el aplicador es la boca de la ley, el intérprete busca mas allá de la ley, e) la justificación externa, que son las razones o motivos adicionales que justifican el silogismo (lo que se conoce en investigación como antítesis, como por ejemplo en la aplicación de la jurisprudencia, de la doctrina, sociología, antropología).

Una decisión judicial puede ser explicada o justificada. Las razones explicativas dan cuenta de los móviles psicológicos que indujeron al juzgador a tomar tal decisión, las razones justificativas están dirigidas a presentar argumentos para hacer aceptable la decisión y mostrar su adecuación al marco jurídico vigente. El contexto de descubrimiento es aquel en el cual se "descubre" o se "crea" una solución jurídica para un conflicto sometido a la jurisdicción. El contexto de justificación es aquel en el cual se pasa a dar las razones que fundamentan una decisión judicial tomada.

La argumentación permite racionalizar el proceso de interpretación del derecho como expresión de poder discrecional en
la aplicación del Derecho (motivación como interdicción de la arbitrariedad). Sólo una buena teoría de la argumentación judicial puede hacer del derecho una herramienta objetivable y esa argumentación será correcta si además de ser suficiente garantiza que el Derecho se ha interpretado racionalmente, los hechos se han acreditado razonablemente y el procedimiento ha estado rodeado de suficientes garantías básicas.

3.4.4. Tesis Positivista de la Discrecionalidad

Los tres conceptos de la discrecionalidad en el pensamiento de Dworkin, se refieren en sentido débil, cuando el juez puede valerse de su propio criterio o discernimiento para resolver un caso y ante una decisión irreversible por otro tribunal y en sentido fuerte el juez no está vinculado a normas extratextuales, como por ejemplo el juez positivista que sólo se siente vinculado a las normas positivas y frente a casos difíciles o leyes defectuosas resuelve con discrecionalidad.

En el pensamiento de Cassmiglia, en todo proceso el juez resuelve conflictos, en donde existe un derecho vencedor y otro a vencer en el conflicto y se debe buscar al titular de tales derechos que preexisten al conflicto, por tanto el juez debe conceder la victoria a una de las partes, meramente declarando el derecho, no crea derecho y por tanto sólo reconoce al ganador y que cuando una un principio, no inventa derecho ni aplica retroactivamente, sólo garantiza el derecho de una de las partes.

Prieto (ídema: 118-119) expone que, el Estado Constitucional de Derecho reclama una nueva teoría del Derecho que se tome distante del positivismo teórico, que se resuma en las siguientes orientaciones: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en
todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una pluralidad de valores.

Lo decisivo no es la mera existencia de la Constitución sino sus cualidades materiales o sustanciales, es decir, la tipología de sus normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho, pues al ofrecer un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota al texto constitucional.

Se ha producido de este modo una distorsión del modelo jerárquico diseñado por la teoría positivista de las fuentes, la Constitución ya no sólo es la norma que condiciona la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que se proyecta sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de modelar el orden social. Las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios.

Refiriéndose a la discrecionalidad, da opinión sobre la conveniencia o inconveniencia de la discrecionalidad judicial en el marco del constitucionalismo, se mantiene, dice, la tesis tradicional o legalista que la ve algo más o menos irremediable, pero no aconsejable, es decir, que mientras que hay muchos adeptos a restaurar la supremacía de la ley y del legislador creador, otros no están a favor de la absoluta discrecionalidad. La función creadora de derecho en sentido fuerte, en cuanto que las decisiones judiciales incorporen al menos una dimensión subjetiva o moral que va más lejos de lo previsto por el Derecho, en las cuales a partir del mismo
material jurídico se puede sostener soluciones diferentes a propósito de los mismos problemas fácticos, son afirmaciones que pueden ser verdaderas o falsas, no como ideales a los cuales se deba llegar, aun cuando no sea en sentido fuerte, la discrecionalidad además de inevitable o insalubre para el funcionamiento del sistema jurídico, no puede desvincular al juez de la tesis prescriptiva.

Una Constitución de principios que todos pueden interpretar no incrementa la discrecionalidad, no existe una teoría de la interpretación que no tenga en cuenta el fenómeno del reconstrucionalismo: desde el positivismo se ha mantenido tanto la unidad de la tesis correcta, como la tesis de la discrecionalidad, débil, la de Aleny y fuerte la de Guastini y Communi, como teoría del derecho sin teoría de la argumentación la indeterminación de las normas se resolvía a través de la discrecionalidad.

3.4.5. Estado Constitucional de Derecho

3.4.5.1. Antecedentes

El Estado de Derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”. Estado de Derecho es aquel en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas, pre-constituidas y respuestas a la idea de gobierno sub lege y per leges, el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres, según Goméz (2003:15).

Esta forma de Estado, como el Europeo, nació de la Revolución Francesa y se representa mediante un catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, los mismos que se acentúan dentro de una determinada organización Estatal: la separación de poderes y la sumisión del poder a derecho con la única finalidad de dar garantía a los derechos catalogados.
En Europa el Estado de Derecho representa la sumisión de la Administración a la Ley y la vinculación del Juez a esta última. En primer lugar respecto a la sumisión de la Administración a la Ley, es representada por la subordinación y para cuyo fin se construyó el siguiente principio: "todo lo que no está permitido está prohibido". En segundo lugar respecto a la vinculación del Juez a la Ley, al igual que la sumisión de la administración postula en términos de subordinación frente al legislador. En esta vinculación se insta a la denominada independencia judicial entendida como la actuación libre de los jueces sin intromisiones de ningún tipo o forma, cifra la independencia judicial emblema a la denominada libertad interpretativa de los Jueces, interpretación que no puede estar influida por otras instancias ajenas a la del propio juez. En esta forma de Estado, el Juez garantiza ciertos valores que se consideran irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas y la uniformidad jurisprudencial.

3.4.5.2. Caracteres

Uno de los logros más importantes del hombre en su afán de controlar el poder y de construir un sistema político que asegure no sólo la libertad, sino lo que es más importante, el ejercicio de los derechos fundamentales dentro de un clima de paz y convivencia humana, es el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que fuera producto de un prolongado proceso histórico.

No ha sido, naturalmente fácil, llegar hasta este estado que, aunque sigue siendo imperfecto, constituye un legado para la humanidad que recoge en nuestros hombros cuidarlo y perfeccionarlo, pues es el único espacio en donde el hombre puede desenvolverse con dignidad; ya que el transcurrir de la historia nos demuestra que el hombre ha visto desarrollar diversos sistemas
En Europa el Estado de Derecho representa la sumisión de la Administración a la Ley y la vinculación del Juez a la esta última. En primer lugar respecto a la sumisión de la Administración a la Ley, es representada por la subordinación y para cuyo fin se construyó el siguiente principio: "todo lo que no está permitido está prohibido." En segundo lugar respecto a la vinculación del Juez a la Ley, al igual que la sumisión de la administración postula en términos de subordinación frente al legislador. En esta vinculación se insta a la denominada independencia judicial entendida como la actuación libre de los jueces sin intromisiones de ningún tipo o forma, cifra la independencia judicial emblema a la denominada libertad interpretativa de los Jueces, interpretación que no puede estar influida por otras instancias ajenas a la del propio juez. En esta forma de Estado, el Juez garantiza ciertos valores que se consideran inrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas y la uniformidad jurisprudencial.

3.4.5.2. Caracteres

Uno de los logros más importantes del hombre en su afán de controlar el poder y de construir un sistema político que asegure no sólo la libertad, sino lo que es más importante, el ejercicio de los derechos fundamentales dentro de un clima de paz y convivencia humana, es el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que fuera producto de un prolongado proceso histórico.

No ha sido, naturalmente fácil, llegar hasta este estadio que, aunque sigue siendo imperfecto, constituye un legado para la humanidad que recas en nuestros hombros cuidarlo y perfeccionarlo, pues es el único espacio en donde el hombre puede desarrollarse con dignidad; ya que al transcurrir de la historia nos demuestra que el hombre ha visto desarrollar diversos sistemas
3.4.5.3. La Legitimación Democrática del Poder Del Juez

Debemos partir de la siguiente premisa: El poder del Juez, ciertamente, es para el pueblo. Dicho vínculo del Juez con la legitimación popular (legitimación democrática), no se produce mediante la misma fórmula propia de los demás poderes (poder ejecutivo y poder legislativo). Esto supone que el Juez al no ser elegido directamente por el pueblo como los elegidos del Poder Legislativos (Congresistas), no tiene en nuestro sistema una legitimación democrática de origen. La legitimación democrática del Juez, bajo el imperio de los mandatos constitucionales, se produce por otra vía, esto es la de ejercicio.

3.4.5.4. Delimitación De La Función De Creación Judicial De Derecho

La labor creadora del juez ha de producirse siempre dentro de un marco, entonces recojamos en un primer momento lo antes indicado, en cuanto a nuestro ordenamiento jurídico peruano, el mismo que tiene como fuente fundamental a la ley, por ello está será su delimitación especificando a qué ley hemos de remitirnos. En este sentido, encontramos que la creación judicial del derecho se encuentra delimitada por los principios estructurales contenidos en la Constitución, toda vez que estos radicen valores en nuestro ordenamiento jurídico, por su estructura dogmática, orgánica y de control.

Toda ley, entendida también a la Constitución, debe ser analizada e interpretada de acuerdo al conjunto total del Derecho, si se quiere al menos del Derecho escrito, por tanto, si el fin supremo de la sociedad y el Estado es el respeto de la persona humana, no existe razón ni aparente siquiera que justifique la posición de un Derecho Positivo estrecho, donde se sacrifique en aras de la
legalidad este principio rector, cuando se prefiere una solución legal pero sacrificando la justicia de un resultado mejor, aunque no legal.

Según Castillo (2005:412), al explicar sobre los límites de los derechos constitucionales, que se exigen como límites a la función judicial creadora —aunque la presente tesis doctoral se refiere a la delimitación de la creación judicial del derecho—, resulta pertinente anotar ello —exigen encontrar un entendimiento de lo que es el derecho y sus límites, en especial los derechos de las personas— no puedan formularse en términos de expansión ilimitada. Su formulación debe partir de la consideración que los derechos protegen sólo una realidad determinada y determinable, no pueden proteger una realidad que se expande ilimitadamente y que requiere de límites, entendidos como restricciones para su ejercicio, como las fronteras inmanentes o los contornos internos que engloban a jurídicamente protegido por el derecho. Los derechos tienen un contenido limitado y como realidades esencialmente limitadas deben convivir con las exigencias no sólo de los derechos de las damas integrantes de la comunidad, sino también con aquellos bienes o valores proclamados constitucionalmente como principios de la organización social.

Si la actividad jurisdiccional recae sobre el contenido de los derechos constitucionales no puede ser una actividad limitadora, sino que será una actividad que delimita las fronteras jurídicas internas que tiene todo derecho en su contenido. Y delimitar no es lo mismo que limitar. Por ello, si bien el contenido de derecho es limitado, ese contenido no puede ser limitable de ningún modo por nadie, en ese sentido los derechos constitucionales son absolutos. Los límites dejan de ser intervenciones que influyan sobre su contenido y que provienen desde fuera del derecho mismo, para convertirse en unos contornos que deben ser exteriorizados, y que
son contornos que tienen atribuido cada derecho por su propia naturaleza y concreta finalidad, Castillo (Idem: 412).

Si los derechos fundamentales tienen un contenido que es esencialmente limitado, no será posible que los derechos entren en conflicto, no será necesaria en la actividad hermenéutica constitucional ningún tipo de jerarquía de derechos, el principio de unidad de la constitución y el consiguiente requerimiento de interpretación sistemática de los derechos fundamentales no obligan a llevar a cabo tal ponderación, ni a convertir los límites internos de los derechos lo que en realidad no son sino restricciones externas fundadas en criterios distintos.

Así, dice, en sentido estricto la labor que realiza el legislador e incluso los órganos jurisdiccionales respecto del contenido de los derechos recogidos en la norma constitucional es una labor de definición de los contornos del contenido, antes que una labor de limitación desde fuera que comprime el contenido del derecho.

Entonces, concluye, no puede hablarse de límites, entendidos como restricciones impuestas desde fuera por el legislador (teoría externa de los límites) sino que de lo que debe hablarse es de delimitaciones, de exteriorizar una frontera natural que se define desde dentro del derecho (teoría interna de los límites), considerándose como límites internos, necesarios o inmanentes, con esto se evitará que se planteen problemas de limitaciones de derechos que realmente no son tales porque existen problemas que no son en realidad de tal limitación de un derecho constitucionalmente reconocido sino de delimitación conceptual del contenido del mismo y que el problema de los límites de los
derechos constitucionales se convierte en un tema de delimitación del contenido de los mismos.

Los derechos constitucionales no son limitados por sí mismos, el derecho nace con un contenido que es ilimitado y que necesita de limitaciones y eventualmente de restricciones, en ese contexto, los límites de los derechos no son las fronteras o contornos internos que demarcan el espacio jurídico que protege al derecho y que lo define como tal derecho. Los límites los define como compresiones y las restricciones externas que se imponen al contenido y consecuentemente al ejercicio del derecho, por tanto reconoce dos tipos de límites al contenido de los derechos fundamentales:

Los límites inmanentes o límites intrínsecos y los límites extrínsecos. Los primeros constituyen la frontera interna o inmanente o natural que define el contenido esencial del derecho y que no podían ser trasgredidos porque desnaturalizan el derecho mismo, mientras que los límites externos o extrínsecos son el resultado de las restricciones a las que se sometería el contenido no esencial del derecho y que son formulados por una necesidad fáctica no jurídica como lo es la convivencia humana, límites que serían legítimos siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o los principios de razonabilidad o proporcionalidad.

Dado que la concepción tradicional de ser la función jurisdiccional una actividad puramente técnica de resolución de conflictos se ha transformado en uno de los servicios públicos de la mayor relevancia de la población, los Jueces deben generar confianza en los usuarios del servicio de justicia, de lo contrario se encuentran severas resistencias hacia sus actuaciones. Los Jueces sujetos únicamente a las leyes en una actitud pasiva de subsunción
de la norma al supuesto de hecho no permiten generar confianza en los usuarios, de otro lado la creación de derecho en la sentencia sin conocer límites generaría una cantidad de fallos distintos y una gran desconfianza en la población; estas contradicciones son las que deben ser dilucidadas. La falta de estudios teóricos sobre las funciones que realizan los órganos jurisdiccionales hacen que el sistema judicial no proporcione certeza y seguridad jurídica, es decir, que tenga comportamientos previsibles y estén ajenos a la corrupción. Por otra parte, la actividad judicial no puede seguir siendo una prolongada y aleatoria discusión de formas; es imprescindible convertirla en un medio eficaz de lograr la paz social en justicia, Morzyx (Idema: 88). Por ello lo trascendente no es la aplicación de la ley al caso concreto, sino más bien la vigencia real del sistema jurídico al resolverse ese conflicto.

El perfil del Juez como conjunto de cualidades o características mínimas que debe poseer un Magistrado a fin de poder cumplir cabalmente su misión como tal y satisfacer las exigencias comunitarias en cuanto a su desempeño, incluye la de ser creativo, el Juez no sólo imparte justicia sino que también, al hacerlo, es un creador de derecho, y es que el Juez cumple dos funciones básicas interrelacionadas: impartir justicia y crear derecho, en Fernández (2001: 180).
4. **HIPÓTESIS**

La delimitación de la Creación Judicial del Derecho son los principios estructurales contenidos en la Constitución.

5. **OBJETIVOS**

5.1 **GENERAL**

- Demostrar que es posible la delimitación de la creación judicial del derecho.

5.2 **ESPECÍFICOS**

- Conocer aspectos generales de la Función Judicial.
- Conocer sobre la vigencia del derecho: Interpretación, Integración y Aplicación Judicial propiamente dicha.
- Analizar los aspectos de la Motivación y Argumentación Judicial.
- Conocer aspectos madurales sobre el Estado Constitucional de Derecho y la Supremacía de la Constitución.
II. MATERIAL Y METODOS

1. MATERIAL DE ESTUDIO

El material que permitió el logro de los objetivos trazados en la presente investigación, obteniendo fundamentos teóricos coherentes y fundamentalmente consistentes y la consecuente contrastación positiva de la hipótesis, estuvo constituido por la literatura existente respecto a la creación judicial de derecho, así como de sus temas conexos constituido por la Teoría General del Derecho, Motivación y Argumentación Jurídica, Discricionalidad y Constitución.

2. METODOS

El procedimiento seguido para la toma de información, consistió en la identificación y descripción de ciertos argumentos teóricos, esto es, de los elementos direccionales de la creación judicial del derecho, en cuanto a su delimitación; y, el posterior análisis de dichos argumentos teóricos seleccionados, que sustentaron la hipótesis.

También se recurrió al método descriptivo, histórico, deductivo, inductivo, analítico y al de síntesis.

El desarrollo de la presente investigación se inició con la respectiva búsqueda y recopilación de todo el material bibliográfico, constituido por la doctrina tanto nacional y extranjera; así como por la legislación nacional; seguida de la respectiva toma de información y la consecutiva presentación de los resultados obtenidos y su posterior discusión. Finalizando con las conclusiones hasta la respectiva propuesta.

2.1. INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

Los instrumentos de recolección de datos, que permitieron el logro de los objetivos en la presente investigación, fueron los siguientes, los que a continuación se esbozan:
• Ficha de resumen, para recoger los argumentos y las categorías jurídicas empleadas en la presente investigación: Función Judicial, Vigencia del Derecho: Interpretación, Integración y Aplicación Judicial, Creación de Derecho, Motivación y Argumentación Jurídica; y, Estado Constitucional de Derecho.

• Tratados,
• Textos guías,
• Libros,
• Revistas,
• Artículos de Internet,

Literatura respecto a la creación judicial del derecho, así como de sus temas conexos referidos líneas anteriores.

También:
• La Constitución Política, Código Civil, Código Procesal Civil y el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
### III. RESULTADOS

#### CUADRO N°1: ENFOQUES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

<table>
<thead>
<tr>
<th>ASPECTOS</th>
<th>ENFOQUES</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td></td>
<td>CLÁSICO</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>MODERNO</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>EN LA PRESENTE</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>INVESTIGACIÓN</td>
</tr>
</tbody>
</table>

<table>
<thead>
<tr>
<th>CONCEPTUAL PRESUPUESTO</th>
<th>CLASICO</th>
<th>MODERNO</th>
<th>EN LA PRESENTE INVESTIGACION</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td><strong>El pensamiento desde un enfoque clásico radica en:</strong></td>
<td>El pensamiento desde un enfoque moderno radica en:</td>
<td>El pensamiento desde el enfoque de la presente investigación:</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>La estricta separación entre la creación y la aplicación de normas (derecho). El legislador crea las normas y los jueces las aplican. La aplicación judicial del derecho se conoce como una subsunción.</td>
<td>El legislador y los jueces crean normas <em>abstractas</em> y además, estos últimos las aplican.</td>
<td>El legislador produce normas abstractas, los jueces crean normas <em>individualizadas</em> (norma concreta aplicable a las partes en el proceso) al aplicar, en sentido lato, el derecho.</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td><strong>Determinada manera de concebir la ley. Se parte de esta, la misma que tiene un contenido antivacío, de que sus palabras tienen un significado único, a veces evidente gar al mismo y en otros casos accesibles mediante métodos de interpretación:</strong></td>
<td>Determinada manera de concebir la ley. Se parte de esta, la misma que al aplicarla no tiene un sentido único, de modo que la aplicación judicial de derecho no consiste simplemente en encontrar este sentido, sino también en optar entre los diversos contenidos posibles de la ley.</td>
<td>Determinada manera de concebir la ley, la misma que parte desde el deber fundamental del Juez de dictar una sentencia objetiva y materialmente justa para resolver sus conflictos de intereses a dilucidar una incertidumbre con relevancia jurídica, para cuyo fin se le presenta un abanico de textos normativos.</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>CARACTER</td>
<td>Es puramente aplicativa, porque la premisa mayor del silegismo que el juez lleva a cabo está contenida por completo en la ley.</td>
<td>De Ordo (2006:11) se dirige a señalar que, la decisión judicial no está totalmente predeterminedada en todos sus extremos y, en consecuencia, en la aplicación de la norma hay un menor o menor margen de libertad, una cierta actividad de creación de la premisa mayor en la cual se subsume el supuesto de hecho.</td>
<td>Es creadora de normas (individualizadas).</td>
</tr>
</tbody>
</table>
DIAGRAMA N°1: VIGENCIA DEL DERECHO: INTERPRETACION, INTEGRACION Y APLICACION JUDICIAL

La palabra Derecho proviene de las raíces latinas dērektus y dērectio, que significan "conducir", guiar o "llevar a un lugar" denominado sin derivarse o terceras.

EXPRESION

NORMAS

La palabra "derecho" se utiliza con frecuencia para designar a la "cosa", las "conductas" y las "situaciones" del siguiente modo. "Tengo derecho a...", "No hay derecho a..."
DIAGRAMA N° 02: CREACION JUDICIAL DEL DERECHO

JUEZ

CONFLICTO DE INTERESE O INCERTIDUMBRE CON RELEVANCIA JURIDICA

PARTE A

PARTE B

Aplica del Derecho, en sentido acálico

INTERPRETA

NORMA
(En abstracto)

INTEGRA

OTROS ASPECTOS

NORMA EN CONCRETO
(Norma individualizada) Ejm: Sentencia

CREACION JUDICIAL DEL DERECHO
DIAGRAMA Nº 03: MOTIVACION, ARGUMENTACION JURIDICA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

JUEZ CREADOR DEL DERECHO

Libertad DISCRECIONALIDAD

PRINCIPIOS ESTRUCTURALES CONTENIDOS EN LA CONSTITUCION
IV. DISCUSION DE RESULTADOS

RESULTADO N° 01

ENFOQUES DE LA FUNCION JUDICIAL

Los enfoques de la Función Judicial reflejan los estadios del desarrollo de dicha función.

Así se tiene desde un enfoque clásico, que representa el recuento de los medios para reducirlo al Juez una de sus capacidades, como es la creadora. El legislador crea las normas y los jueces las aplican, pues éstos últimos ni pueden enjuiciar la labor de los primeros, ni pueden por sí mismos crear normas nuevas; a pesar que, el juez ha sido a lo largo del desarrollo de la humanidad, un creador del derecho por lo menos hasta que el racionalismo del positivismo del siglo pasado, reivindico para el legislador la calidad de creador exclusivo del fenómeno jurídico, trayendo consigo una de las más profundas crisis de las ciencias jurídicas.

La función judicial vista así, representa la tarea del Juez al aplicar la ley como un mero automata. Dicho enfoque aún se mantiene en cierto número de operadores del derecho.

En este enfoque la aplicación judicial del derecho se concibe como una subsunción, en tanto reposa sobre la idea de que aplicar una norma, no es otra cosa que extraer para el caso concreto las consecuencias que en ella se prevén de manera general y abstracta. En términos muy simples, si la ley dispone que cuando se dé cierto supuesto de hecho se han de dar ciertas consecuencias.

La aplicación judicial de la ley consiste exclusivamente en determinar que efectivamente se ha producido el hecho y que, por tanto, deben darse
consecuencias que la ley quiere. Dicho en otras palabras el juez no hace otra cosa que subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar. A la misma idea responde al calificar al acto de aplicación judicial del derecho como un silogismo en el que la ley es la premisa mayor, el supuesto de hecho la menor y el fallo la consecuencia o conclusión. Este enfoque obedece a la fórmula clásica acuñada por Montesquieu.

El juez, por tanto, tiene que realizar una labor puramente cognoscitiva, no volitiva, que consiste en encontrar el mandato que la ley contiene y aplicarlo mediante un acto que no deja lugar alguno a la creación sino que esta predeterminado legalmente en todos sus extremos.

Pasando por un enfoque moderno, en donde el pensamiento radica en la revelación de la complejidad de la operación de aplicación, tanto en lo que se refiere a la determinación del supuesto de hecho, cuanto en lo que hace a la fijación de la premisa mayor.

Si embargo, con este enfoque la administración de justicia constituye el ámbito donde se resuelven la mayor parte de conflictos sociales, ante la negativa de la existencia de otra "administración de justicia". Constituye el lugar destinado por la voluntad de la ley y por la resignación de las partes para ventilar cierto tipo de problemática social: conflictos respecto a la nulidad de determinados actos jurídicos, entre otros. Esto último señalado, representa el pensamiento que se tiene al respecto, el mismo que resulta ser la denominada ineptitud del sistema judicial.

De otro lado, pero en ese enfoque, se tiene además que una porción importante de conflictos que se dan entre pequeños o grandes actores sociales, desviada del conocimiento judicial, a menudo por decisión de los interesados, pasan para ser llevados a terrenos alternativos donde "se esperan encontrar", una solución más adecuada a sus necesidades y expectativas, así por ejemplo el arbitraje.
El Profesor Carbonell (2002:38), miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, presenta un modelo de Juez respecto del cual se deben rebatir las tres principales falacias que existen en México sobre el Poder Judicial: a) la primera falacia es que el Juez no cree Derecho sino que se limita a aplicar las leyes hechas por el legislador, (...).

Hasta el enfoque que se persigue con la presente investigación, demostrando en principio el empeño por superar esa reducción anotada líneas precedentes, con la finalidad de superar las exigencias de justicia de la realidad, lo que no impide admitir que, en los últimos dos siglos, esa reducción se ha ido efectiva y traumática en tanto ha minado de manera considerable la capacidad de interpretación y discernimiento del Juez a partir de la ley aplicable.

Esa reducción, se ve superada además con la consideración de que el acto de aplicación contiene también elementos creativos, que la norma no lo predetermina en todos sus extremos.

Desde este enfoque lo que se persigue es la composición justa del conflicto de intereses con relevancia jurídica; o, el dilucidar la incertidumbre también con relevancia jurídica.

En definitiva, lo anotado conlleva intrínsecamente a la vigencia real del sistema jurídico, al resolverse "ese" conflicto de intereses o dilucidar "esa" incertidumbre, ambas con relevancia jurídica. En efecto, el tratamiento que se da a lo que se denomina como "ese" y "esa", se hace para identificar a una realidad o caso en concreto.

Cuando se privilegia estos logros como fin de la jurisdicción, la ley resulta ser simplemente uno de los elementos que van a ser utilizados por el Juez para conseguirlo.
Desde este enfoque, suele decirse que el Juez más que un “Aplicador de la Ley” es un “Creador del Derecho”, en tanto usa la información de los hechos que aportan las partes, para ajustar el mandato genérico contenido en una norma y así encontrarle su uso específico para la solución objetiva y materialmente justa al caso concreto.

La función judicial ya no representa ese procedimiento que realiza el Juez y en el que se encuentra ante un conjunto de casilleros, sino por el contrario, se tiene que los hechos, son susceptibles de interpretaciones, las que son elegidas por quien interpreta de acuerdo a un conjunto de determinantes. De modo que el Juez, se quiera o no reconocerla, no se limita -no puede limitar- a expresar la solución prevista para el caso solamente con la mera subsunción; su tarea incluye además un trabajo de elaboración y de decisión, que implica siempre optar entre diversas posibilidades.

Por otro lado, la sentencia ha respondido siempre a una racionalidad deductiva o sistemática, en el sentido de que una buena sentencia o una sentencia correcta es aquella cuya decisión se infiere de las premisas y, en particular de una premisa normativa conteniendo en los “considerados” o en la fundamentación, los que son indispensables en la misma, descuidándose en algunos casos la argumentación.

El positivismo consideró que, donde finalizaba la determinación del Derecho y aparecían los márgenes de indeterminación se erigían el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos sobre todo en el acto de argumentar como sinónimo de justificar.

Empero, la situación de la función judicial en la actualidad enseña que al Juez sin parámetros legales significa un peligro, casi tanto como al juez sometido a la literalidad de la norma, advirtiéndose que la tendencia actual es privilegiar al juez creador de derecho.
RESULTADO N° 02
VIGENCIA DEL DERECHO:
INTERPRETACION, INTEGRACION Y
APLICACION JUDICIAL

La descripción que se realiza sobre la procedencia de la palabra derecho, denotan una de las perspectivas de este, como es la estática.

Por otra lado, y la referencia que se realiza sobre la palabra "derecho", como "Tengo derecho a...", "No hay derecho...", entre otras; señala que dicha circunstancia revela que el Derecho es una realidad. En ese sentido, se denota la otra de las perspectivas conforme puede ser enfocado el derecho, como es la dinámica.

Ahora bien, desde estas dos perspectivas y a ritmos diferentes: estático y dinámico; el Derecho se ocupa de facilitar la necesaria vinculación o colaboración social y, por supuesto, la garantizar también que no se interfiera con la realización de tales intereses primigenias. Esta garantía implica una regulación, el establecimiento de un determinado orden que formalice con precisión las facultades y los límites de quienes conviven en sociedad.

¿De que medio se vale el Derecho para facilitar la vinculación o colaboración social necesaria y garantizar la no interferencia entre los fines e intereses individuales y/o colectivos? Pues, el Derecho utiliza un lenguaje, es decir, posee un modo de expresarse, al igual que sucede con las otras formas de regular conductas (la religion, la moral, los convencionalismos sociales, etc.). Este
lenguaje común es el de las normas, es _lenguaje normativo_, señala así Álvarez (Idema: 10).

Visto así el Derecho tiene una existencia real; es decir, vigente y dicha existencia real o vigencia, tiene como objetivo intrínseco que se aplique; es decir que no obstante que el término aplicación consiste en un proceso mental que parte de dos polos opuestos; el hecho social con relevancia jurídica y la norma que lo regula, a las cuales se les va aproximando poco a poco; acomodando reciprocamente el contenido de la norma jurídica al hecho social y viceversa, el hecho a la norma, hasta lograr su conjunción. Torres (Idema: 565); _aplicación_, en este contexto descrito líneas precedentes, tiene solamente un significado general de _efectivación del derecho_; esto es, la vigencia del Derecho, de tal manera que contiene sub-conceptos como el de interpretación e integración, así como también el de aplicación del derecho propiamente dicha o en sentido estricto.

Por un lado, la interpretación judicial asume un determinado carácter, ante la vinculación estrecha que existe entre esta y las fuentes del derecho.

Por ello, este carácter que asume la interpretación judicial se deriva del tipo de sistema a que se pertenece. Por nuestra parte, en el Sistema del Civil Law, al cual nos encontramos adscritos, se cristaliza el predominio como fuente del derecho de la legislación, con lo que se considera que el Juez contaría con una regla general con manifiesta autoridad, la que debe interpretar.

En la interpretación jurídica todos somos los autores de esta, llámense ciudadanos comunes que interpretan el derecho cotidiano, los legisladores que interpretan la Constitución y también interpretan sus leyes, los abogados para fundamentar sus
pretensiones ante los jueces u otros actos. Los juristas en sus estudios científicos, etc.

Ahora bien, la interpretación que resulta trascendental para la presente tesis doctoral, es sin lugar a duda la que la realiza el operador jurídico denominado Juez (Interpretación Judicial).

La actividad interpretativa es una actividad necesaria en todo proceso de aplicación judicial del derecho; y, a la vez, una actividad difícil y problemática.

La actividad interpretativa no es tarea fácil, por el contrario se torna en un quehacer problemático; en tanto no existe una única regla de interpretación correcta, definitiva y válida para todos los casos en su aplicación; puesto que las pretensiones deducidas son siempre problemáticas y su soluciones definibles desde diversas formas de argumentación, en concepto de “justicia” o “equidad”, es precisamente este carácter problemático de interpretación normativa la que significa la existencia e importancia de la figura del juez como el real y excelsa intérprete de la norma; quien ante ese abanico de posibilidades que ofrece el derecho positivo, tendrá que decidir la solución del conflicto con razonabilidad y sentido de justicia. Palma (Idem: 36).

Al presentarse la norma jurídica como un precepto autónomo y privado de un sentido objetivo que el juez descubre en función de diversas circunstancias concretas; no obstante ello, éste necesita de una conciencia que, al comprender ese sentido, de alguna forma lo hace participar. De ahí la naturaleza creativa de la interpretación y no meramente reproductiva de todo acto interpretativo, y con ello la inevitable intromisión de aspectos subjetivos y valorativos en la interpretación.
En cambio, respecto a la integración al Profesor de Derecho Constitucional Messi (2004:83), en su obra Exágesis del Código Procesal Constitucional, al comentar el Artículo IX del Título Preliminar, citando a Rubio dice que, la integración jurídica, a diferencia de la interpretación se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación de Derecho mismo.

El proceso de aplicación del derecho a la solución de casos concretos constituye una unidad integrada por una serie de actos sucesivos que llega hasta la creación de una norma individualizada denominada "norma del caso concreto".

Separar en el Derecho dos momentos: el de creación y el de aplicación, ha servido para identificar al Derecho exclusivamente de su creación; por lo que toda decisión ha sido tomada ya por el legislador, el juez es sólo la boca muda de la ley, un mero aplicador mecánico del texto legal al caso concreto. La aplicación del Derecho, esto es, la acomodación de los hechos al contenido de la norma y de la norma a los hechos no es la labor mecánica sino creativa.

La aplicación, también al igual que la interpretación, debe rastrear el contenido de las normas; porque los órganos encargados de aplicar el Derecho están sometidos a ello como lo están todos los demás órganos del Estado y cualquier ciudadano. En este sentido se habla del gobierno de las leyes y no de los hombres, porque en caso contrario la sociedad no se rige por el Derecho, es decir, por unas
reglas y principios jurídicos comunes, sino por la arbitrariedad de unos cuantos, según el autor antes citado Torres.

Los sujetos en sus actos o negocios jurídicos aplican el Derecho. Sin embargo, en el lenguaje jurídico el término aplicación del Derecho está reservado a la aplicación que efectúan, en ejercicio de sus funciones, los órganos o personas investidas de competencia: el juez, el funcionario administrativo, los árbitros.
El discutir el presente resultado, conlleva en principio anotar la siguiente justificación.

La justificación clásica del poder del juez radica en que éste sería únicamente la “boca que pronuncia las palabras de la ley” y, como es lógico la su legitimidad sería la misma legitimidad de la ley.

Sin embargo, conforme anota López (Idem:85-86), esta justificación está sometida a numerosas críticas que parten de la negación de la condición rutinaria de la aplicación de la ley por el juez, como de la correspondiente afirmación de que obligatoriamente debe existir una dimensión creadora en la actividad judicial, es decir que esa actividad vaya más allá del simple acto de subsumición de los hechos en las normas y ello no sólo en cuanto que, al resolver un caso concreto, el juez lleva a cabo una declaración del Derecho en un pleno jure partes, dándo lugar a una nueva situación singular, sino también en cuanto al juez crea Derecho al introducir mandatos en el ordenamiento con la pretensión formal de que tengan fuerza vinculante general; bien imponiendo una determinada interpretación de la norma legal, válida para todos los casos en que haya de aplicarse, bien supliendo reales o hipotéticas lagunas del ordenamiento mediante normas de creación judicial, normas que se quiere también tengan fuerza vinculante general.

Este nuevo planteamiento, acerca del papel innovador del juez en un litigio, deriva de la ausencia en muchos supuestos de una única solución justa o correcta al amparo de los mandatos legales. Ciertamente, el juez tiene la obligación de resolver un conflicto de
intereses o dilucidar una incertidumbre jurídica y ese fallo no representa algo mecánico ni mucho menos unívoco de lo ordenado por la norma, el juez creará derecho en el caso concreto. Esta obligación se ve reflejada en la historia en el Código de Napoleón (Artículo 4º) que prescribe "El juez que se negare a juzgar se \textit{pretende de silencio, ocultura o inseguridad de la ley, podrá ser acusado como culpable de desvío de justicia}" Esta creación judicial de derecho para que se viabilice, debe contra con dos presupuestos básicos disyuntivos que son: el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica. El primero entendido como la contraposición de dos intereses y la segunda como la falta de certeza, ambos con la relevancia jurídica.

No cabe duda en estos últimos tiempos que ha cambiado el sistema jurídico y político donde ya no tiene lugar la figura de un juez siervo del poder ni si quiera la de un juez sometido únicamente a la ley. Son varias las razones de este cambio de perspectiva. Así se esboza una razón interna que tendrá que ver con una recuperación de la tónica, la retórica y la hermética unida a una cierta conciencia acerca de la esterilidad de una teoría como la positivista que guardaba silencio ante los diversos problemas interpretativos que se presentaban, endosando la responsabilidad al famoso margen de discreción judicial.

Es preciso determinar también que ese cambio se debió a la propia transformación de los sistemas jurídicos y a la irrupción de la posguerra (Europa) de un constitucionalismo de nuevo modelo que en el fondo sólo es sostenible si se le atiende a la idea de un sólido modelo de argumentación. Porque si al juez se le limita motivar y justificar solamente alcanzando el silogismo subjuntivo, tal vez resultaría políticamente insostenible una Constitución repleta de
valores, principios, directrices o derechos fundamentales que se pretendan inmediatos y directivamente exigibles.

En realidad la Filosofía del Derecho parece haberse hecho eco de ese cambio de rumbo. La reacción puede ser comprensible en el marco de una Constitución normativa, desmaterializada, y de principios que casi naturalmente hacen descansar en el poder judicial la garantía de su vigencia universal. Es evidente que aplicar principios y derechos fundamentales en todo tipo de conflictos y relaciones jurídicas no es equivalente a la aplicación de leyes; al juez se le proponen unos altísimos, imprecisos y a veces contradictorios estándares normativos y, al propio tiempo, se le ordena que asegure su virtualidad en toda situación, desde un proceso de arremendamiento a un proceso penal, desde el control abstracto de la ley al enjuiciamiento de una reacción jurídico privada. El resultado no podría ser otro que el protagonismo judicial, reflejado hoy en día en creación judicial del juez.

Acaso hoy procedería matizar: la racionalidad práctica gobierna los procesos de interpretación y aplicación del Derecho, en la medida en que pueda hacerlo. Más allá se abre la subjetiva discreción. Sin embargo, el propósito no era tanto demostrar la existencia de una creación judicial del Derecho de un momento decisional en toda interpretación jurídica. El impulso fundamental se sitúa en otro nivel y consiste en determinar o, si se quiere en términos más vigorosos, en establecer justamente aquellos presupuestos y límites de la creación judicial del derecho.

La vigencia del Estado Constitucional ha quedado, como nunca antes, supeditada a lo que podamos decirle a la sociedad a través de la sentencias de los jueces. El protagonismo del Poder Judicial tiene, precisamente en este aspecto, su mejor fundamento, ya que
es claro que en el momento actual, el Juez no es más la boca muda de la ley, sino por el contrario, es integrador permanente del sistema jurídico que interpreta y vuelve a decirle el Derecho; esto es el Juez crea derecho.

Se señala que el Juez tiene una función creadora del Derecho; la respuesta sería afirmativa, toda vez que al aplicar el derecho en cada caso específico, tendría que interpretar las normas y darles contenido concreto en cada resolución. El Juez no puede escudarse en una eventual ausencia de normas para no dictar sentencia. Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil prescribe que: Los jueces pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la... En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, concordante con el Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

El juez crea derecho en el caso concreto. Esta obligación se ve reflejada en la historia en el Código de Napoleón (Artículo 4°) que prescribe: El juez que se negare a juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como culpable de denegación de justicia.

El papel del Juez consiste más en crear que en aplicar el Derecho, pues su función como juez creador del derecho va más allá de pronunciar las palabras de la ley. Su labor creadora ha de producirse siempre, dentro del marco de la ley, y no contra lagem, e indiscutiblemente dentro del marco de la Constitución, resultando ello coherente con la función que desarrolla. El juez, usualmente
interpreta y aplica la ley preexistente. Lo que indudablemente el juez no puede realizar, al menos en nuestro sistema como es el romano-germánico, es ignorar o contradecir los mandatos legales. Si así lo hiciera quedaría fuera de legitimidad democrática que inspira todo el sistema.

El Derecho existe para ser aplicado y opera cuando se tiene un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica; he aquí el punto de partida de la operatividad del derecho. En este dinamismo jurídico es que el juez encuentra vacíos, deficiencias o defectos en la ley, en su afán de poder resolver el conflicto o dilucidar la incertidumbre, todas con relevancia jurídica, para que tenga razón de ser la intervención del derecho.

En el lenguaje jurídico el término aplicación del Derecho está reservado a la aplicación que efectúan, en ejercicio de sus funciones, los órganos o personas investidas de comparecencia: el juez, en funcionario administrativo, los arbitrados; siendo de nuestro interés el juez. Para aplicar el Derecho, previamente hay que interpretarlo, aun cuando sea claro, pues la claridad es la consecuencia de un acto interpretativo. El Derecho es bien aplicado cuando es bien interpretado.

Camillo (1998:1-2) en su obra Como Nace el Derecho explica que los juristas son los que fabrican el derecho, son obreros del derecho, pero obreros calificados, pues antes de fabricarlo lo estudian y precisamente en la Universidad, sin embargo para fabricar el derecho también concurren obreros no calificados, como lo son los parlamentarios que no son necesariamente juristas, a lo que cabe agregar que el derecho cuando sale de la oficina parlamentaria debe ser sometido a una elaboración ulterior, que es la actividad que hacen los jueces, algo equiparado al tejido de la
lana hilada o cardada, las leyes por sí solas no son suficientes de lo contrario no habría necesidad de los jueces, también los jueces son obreros del derecho.

El análisis del proceso judicial, en el que se pronuncian normas individualizadas, ha demolido por completo el mito de la deducción mecánica; ha desvanecido aquella falsa ilusión de que las sentencias judiciales eran puras conclusiones sacadas de lo que está previsto en preceptos generales.

La principal motivación que en la vida humana social incita a la creación del Derecho es el deseo de establecer para determinadas relaciones sociales, reputados de máxima importancia, un orden de relativa certeza y seguridad; el deseo de ser satisfecho en alguna certeza respecto de tales relaciones, y de tener la seguridad de que esas normas ciertas serán cumplidas necesariamente, o, por lo menos, aplicadas de modo forzoso, esto es imposibilidad inexorable.

Con el Derecho se aspira a realizar valores altos en la jerarquía axiológica, esto es, se aspira a cumplir con las exigencias de la justicia y también con las del séquito de otros valores implicados por la justicia. Dichos valores se cristalizarán cuando se ha resuelto un conflicto de intereses o se ha dilucidado una incertidumbre jurídica.

Las normas individualizadas –entendidas a aquellas normas que son las que concretizan las disposiciones genéricas– son la respuesta que el juez da para satisfacer determinadas necesidades o exigencias sociales, para resolver ciertos problemas humanos, tal y como ellos se presentan en un lugar y en un tiempo determinado, inspirándose para eso en las valoraciones que considere correctas.
Con esas normas positivas, sus autores se proponen la realización de un fin, cuyo cumplimiento representa precisamente al medio que se entendió como correcto para satisfacer aquellas necesidades, esto es para resolver un determinado conflicto de intereses o dilucidar cierta incertidumbre jurídica y con ello permitir la vigencia del derecho. Toda vez que dichas normas individualizadas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la obtención de aquellos fines descritos líneas anteriores.

La Creación Judicial del Derecho tiene su respectivo fundamento legal, plasmado en el:

**Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú.** El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

**Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil,** prescribe que, Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Si tenemos como presupuesto jurídico que la legislación nacional cubre todas las relaciones jurídicas que se pueden presentar, también resulta válido el fundamento siguiente, que la realidad siempre supera la norma; en tal sentido, se presentan en dentro del papel que desarrolla el juez en un Estado Constitucional de Derecho: vacíos, defectos o deficiencias de la ley; materializando con ello los tres grandes fines del derecho: la paz
social, la seguridad jurídica y la justicia social, toda vez que convierten al juez en un creador del Derecho.

Artículos III y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Artículo III.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

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

Además, la Creación Judicial del Derecho goza de un fundamento teórico doctrinario, el mismo que radica en que la norma jurídica es una declaración que produce sus efectos cuando es aplicada al caso concreto (supuesto de hecho) que ella ha previsto; por tanto, esta contiene un presupuesto de hecho con sus respectivos efectos jurídicos. El supuesto de hecho y la norma que le confiere efectos son indispensables para que estos se produzcan. Sin una ley que le confiera efectos al hecho natural o humano carece de trascendencia jurídica.
No existe legislación alguna en el mundo que haya previsto todos los hechos presentes y futuros naturales o humanos que incidan en la vida de las personas, de su estado, de sus relaciones familiares, de sus relaciones con los bienes; muchos hechos futuros son imprevisibles en el momento en que se la ley, pues son el producto de la rapidez del crecimiento material, del progreso técnico, científico y humanístico, muchas veces insospechables, de la vertiginosa implantación de nuevas costumbres.

A esta falta de previsión o vacío de la legislación se conoce como lagunas de la ley, llamadas también imperfecciones de la ley, las mismas que son salvadas recurriendo a la analogía de casos similares o análogos y si tampoco existe análogo regulado se recurrirá a los principios generales del Derecho y si así integrada resulta siendo insuficiente para resolver el caso concreto, se recurrirá a las normas subsidiarias, conforme lo explica el distinguido autor Torres (Idem: 565).
RESULTADO N° 04

MOTIVACIÓN, ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Juez Creador del Derecho, se encuentra ante una aparente libertad absoluta, al resolver conflictos de intereses o dilucidar incertidumbres ambas con relevancia jurídica; la que presenta en una de sus manifestaciones como son las sentencias. Dichas sentencias deben contener una motivación razonada y suficiente, exigiendo para ello necesariamente de una argumentación.

Este operador del derecho debe romper el denominado paradigma tradicional, el mismo que indica que la sentencia ha de ser el resultado de un proceso lógico-jurídico de naturaleza rigurosamente intelectual que va de la ley al caso —o de los hechos a la ley— a través de la subsunción y lo que se pretende con la exigencia de motivación es demostrar a las partes (y no sólo a ellas) que efectivamente se ha seguido tal proceso. Se trata por tanto, de una cautela adjetiva que se añade a la sustancial, que es la vinculación del juez a la ley; en la motivación describe el juez el camino legal que ha seguido desde la norma al fallo. Por así decirlo, es la narración de un proceso mental, una especie de autoconfesión.

Al lograr el Juez Creador del Derecho romper con ese paradigma tradicional y con ello producir un nuevo paradigma, la función de la motivación será completamente distinta, opinión que al decir de también de Nieto (Idem: 139), se reconoce la posibilidad de que la sentencia no se atenga exclusivamente a la ley, pero se rechaza, en principio que pueda estar en desacuerdo con ella. Así las cosas, el objetivo de la motivación es permitir la comprobación de que la sentencia en efecto, no se ha salido del margen de actuación concedido al juez por la ley. El juez no
garantiza que lo descrito en la motivación sea efectivamente la narración veraz de un proceso mental realmente seguido – algo imposible de comprobar, por lo demás – sino que se limita a argumentar que lo decidido es jurídicamente correcto.

Existe una necesidad positiva de motivar las sentencias, la que es establecida en el primer nivel de la jerarquía de las leyes peruanas; toda vez que, se encuentra consagrada en nuestra actual Constitución Política del Perú en su Artículo 139º que prescribe:

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional*

Inciso 5.

La Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Al respecto Mixan (Idema 377), señala que la prescripción prevista en el Artículo 139º inciso 5 de la Constitución Política, concretiza un deber, ipso jure, tener que expedir las resoluciones judiciales motivadas. Dicha imputación jurídica es de naturaleza coimplicante. De allí que, si la motivación es una imputación de deber jurídico al titular de la potestad para decidir el caso, también implica el correlativo derecho fundamental, de otros sujetos procesales que intervienen para exigir de la decisión.

Así también, encontramos dicha necesidad de motivación en el segundo nivel de la jerarquía de leyes, esto es, en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-JUS) en Artículo 12º prescribe:

*Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad con expresión de los fundamentos...*
garantiza que lo descrito en la motivación sea efectivamente la narración veraz de un proceso mental realmente seguido —algo imposible de comprobar, por lo demás— sino que se limita a argumentar que lo decidido es jurídicamente correcto.

Existe una necesidad positiva de motivar las sentencias, la que es establecida en el primer nivel de la jerarquía de las leyes peruanas; toda vez que, se encuentra consagrada en nuestra actual Constitución Política del Perú en su Artículo 139º que prescribe: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional.

Inciso 5.

La Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Al respecto Mixan (Idema: 377), señala que la prescripción prevista en el Artículo 139º inciso 5 de la Constitución Política, concretiza un deber, ipso jure, tener que expedir las resoluciones judiciales motivadas. Dicha imputación jurídica es de naturaleza co. implicante. De allí que, si la motivación es una imputación de deber jurídico al titular de la potestad para decidir el caso, también implica el correlativo derecho fundamental, de otros sujetos procesales que intervienen para exigir de la decisión.

Así también, encontramos dicha necesidad de motivación en el segundo nivel de la jerarquía de leyes, esto es, en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo Nº 017-93-JUS) en Artículo 12º prescribe: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos.
En que se sustenta, pudiendo estas reproducir en todo en parte, sólo en segunda instancia, al absolver el grado.

En consecuencia, la necesidad de motivación desde el punto de vista positivo, refleja el "deber - ser jurídico", es decir constituye un deber jurídico, instituido, como quedó anotado en principio, por la norma jurídica de mayor jerarquía en nuestro Ordenamiento Jurídico nacional como es la Constitución Política; así también, por otras normas jurídicas de menor jerarquía como es el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En las prácticas, el deber de motivar las resoluciones judiciales, resulta susceptible de ser infringido. Sin embargo, dicha infracción de un deber jurídico traer consigo la respectiva sanción jurídica.

Además, existe una necesidad axiológica de la motivación, al respecto concordando con Nieto (Idem: 201) que cita al autor Polaco Wohlenberg, quien señala que la motivación jurídica tiene un doble valor: ideológico y procesológico.

Es ideológico, desde el momento en que la motivación proporciona argumentos que sostienen la decisión en el contexto de la controversia, ha desarrollado a lo largo del proceso.

Será procesológico, toda vez que la motivación desde este punto de vista, va dirigida a la práctica o de trascendencia práctica desde el momento en que el Juez, que sabe que tiene que justificar, queda estimulado a trabajar bien, ha hacer una sentencia jurídicamente correcta. Además, en dicho terreno práctico, influye a las partes o pretende influir en las partes para que no interpongan una apelación.
si la decisión está bien justificada y, en fin, facilitar el trabajo de los tribunales en segunda instancia.

También la motivación jurídica tiene una necesidad funcional reflejada, valga la renuncia en las dos funciones que cumplen: endoprocessal y extraprocessal. Por un lado, será endoprocessal, es decir funciones que producen efectos dentro del proceso, dicha función consiste en pretender motivar una sentencia que es objetiva y materialmente justa.

Pero, ¿De qué motivación hablamos? Se habla de una motivación razonada y suficiente, en donde se establezca la verdad jurídica objetiva y la voluntad objetiva de la norma, entendiendo la, así las partes, quedando con ello claro la posición del Juez que se transmitirá al resto de los ciudadanos.

Por otro lado, la motivación cumple una función extraprocessal, esto es fuera del proceso, toda vez que representa la denominada función legitimadora. El Juez tiene que legitimarse, siendo la única forma para ello, es decir para ser aceptado social e institucionalmente, dictar sentencias objetivas y materialmente justas.

La motivación de las resoluciones judiciales tiene una finalidad garantizadora, toda vez que al estar positivada la motivación en los textos normativos anteriormente referidos, contribuye a que dicha obligación se concretez manifestándose las razones que sustentan la resolución, para garantizar con ello la "recta administración de justicia"

También tiene una finalidad informativa, ya que con motivación las partes inmersas en el conflicto de intereses o en la
incertidumbre jurídica, conocen la verdad jurídica objetiva (fundamentación de hecho) y la voluntad objetiva de la norma (fundamentación jurídica); a fin de que adopten las determinaciones que les competen al respecto.

Y además cumple una función trascendental, toda vez que por un lado, representa la necesidad de procurar siempre una consciente y eficiente realización al caso concreto, trascindiendo de modo que cualquier ciudadano puede “revisar” el contenido de la sentencia objetiva y materialmente justa su motivación.

Por otro lado, tenemos que la argumentación, la que se refiere a las razones sustantivas que apoyan una decisión.

Se argumenta en todo ámbito, desde la vida cotidiana hasta aquellos argumentos que se esbozan en una decisión judicial objetiva y materialmente justa.

En un proceso argumentativo intervienen premisas organizadas lógicamente que preceden a una conclusión lógica, la argumentación es de naturaleza lingüística y se plasma en un conjunto de enunciados, como proceso lingüístico es un acto de comunicación. La argumentación supone una acción relativa a un lenguaje, un problema a dilucidar tiene doble dimensión: es un proceso y al mismo tiempo un producto, es una actividad racional orientada a un fin que puede evaluarse como buena o mala desde el punto de vista de su solidez.

El juez es libre de resolver un conflicto de intereses o dilucidar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, bajo su propio criterio y si la ley no ha previsto una solución para un caso, el sistema tiene si la ley es oscura y ambigua, entonces no puede
aplicarse a cabalidad, por lo tanto se debe utilizar la libertad judicial o discrecionalidad.

Sin embargo, esta discrecionalidad pues implica que los justiciables se encuentren desamparados en caso de defectos de la ley o casos difíciles, que los jueces actúen como legisladores, que se recurra a la discrecionalidad libérrima, que se apliquen normas creadas a partir del caso materia del litigio y que los jueces gracias a la discrecionalidad, creen normas para solucionar los defectos legales, entonces aplican la retroactividad maligna por cuanto la conducta de los justiciables sólo debería regularse con normas preexistentes, es por ello su delimitación, la misma que resulta representada en los principios estructurales de la Constitución Política.
V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La historia de la función judicial representa el recuento de los medios para reducir al Juez su capacidad creadora. Sin embargo, la historia también demuestra que tal esfuerzo fue casi siempre superado por las exigencias de justicia de la realidad.

SEGUNDA.- La aplicación correcta de la ley, es aquella que se refleja en una sentencia objetiva y materialmente justa, con ello una gama de posibilidades, no solamente circunscrita a la validez en función a la literalidad de la norma.

TERCERA.- El Juez ya no aplica mecánicamente la norma, al momento de resolver un conflicto o dilucidar una incertidumbre jurídica, sino que realiza una actividad creativa, es decir crea Derecho.

CUARTA.- La Creación Judicial de Derecho se encuentra circunscrita a los principios estructurales contenidos en la Constitución.
VI. PROPUESTA

En el juicio mental del Juez para emitir una resolución es usual que se adapte a la Teoría del Derecho Libre, en la cual este se convierte en director, esta teoría es contraria al tradicional silogismo, que subsume los hechos bajo una premisa mayor que es la norma para arribar a una conclusión. Además hay un tercer método que consiste en atender a que cuando se resuelve un caso se trabaje con las fuentes del Derecho, la ley, la doctrina, la jurisprudencia.

Al argumentar para justificar la decisión, se justifica sobre dos bases: lo racional, elección de varias posturas lógicas, luego ir a lo razonable en la que influyen los valores del Juez.

Por ello la Teoría de la Argumentación presenta el Razonamiento Jurídico mediante el cual conforme a la doctrina en materia jurídica cada vez se discute menos el rol de juez como creador del derecho. Por ello resulta imperativo que se modifique los términos de la norma que prevé y sanciona el delito de prevaricación judicial cuyo enunciado consiste en sancionar al Magistrado que falla, a sabiendas, con la ley expresa y clara, sin que pueda precisarse que en esta categoría puedan incluirse las sentencias interlocutorias.

La norma actual del Artículo 418° del Código Penal, ubica en la Sección Segunda del Capítulo III del Título XVIII, regula la figura del prevaricado, cuyo primer supuesto textualmente especifica que

El juez (...) que, a sabiendas, dicta resolución (...) contrario al texto expreso y claro de la ley (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.
Esta norma es limitativa para que jueces puedan cumplir sus funciones en el dictado de resoluciones judiciales; a fin de resolver un conflicto de interés o dilucidar un incertidumbre, ambas con relevancia jurídica. Por ello, la propuesta radica en eliminar la tradicional versión que el juez comete prevaricado cuando se aparta del texto expreso de la ley, pues no puede partirse de la premisa que el derecho es completo y que la norma es clara y expresa; hay leyes ambiguas y/o contradictorias, que de aplicarse soslayando la lógica jurídica en principio, seguida de una interpretación o integración, de una motivación razonada que contenga una adecuada argumentación, bajo el límite de los preceptos constitucionales constituirían un grave atentado contra el deber fundamental del Juez de dictar sentencia objetiva y materialmente justa, concretar el valor justicia al caso sub judice y principalmente evitaría la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Realizando lo argumentos propuestos, no es posible aseverar de manera absoluta que un enunciado normativo, contenido en la norma, sea claro y expreso, pues ello va a depender de la aplicación al caso concreto. Además la norma establece solamente una opción, cuando se inicia con el método de interpretación literal, lo cual resulta contrario a los postulados de la Teoría General del Derecho.

Para la aplicación de la norma es necesario interpretarla, para lo cual deben utilizarse válidamente distintos métodos, siendo el literal el primero de ello pero no el único, existiendo una gama de métodos de interpretación que permita arribar a una decisión objetiva y materialmente justa. El juez partiendo del caso concreto y a la motivación, la que contiene una argumentación correcta, utilizará los métodos interpretativos que resulten necesarios. Si sólo expresa lo que el legislador quiere, significa que es un mero repetidor de la norma dictada por el legislador, esto es sólo aplicador de la política del legislador entonces se convierte en un instrumento de dominación.
En síntesis, la propuesta del presente trabajo de investigación radica en la derogación del subtipo penal del prevaricato contenida en el Artículo 418º del Código Penal, cuando se dicte una resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, en la misma perspectiva de la propuesta formulada por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS).
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS


**REVISTAS**


**LEGISLACIÓN**

