

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICO – FILOSÓFICOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DISCURSO FISCAL PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. CARLOS ALBERTO FIGUEROA PAUCARPURA

Asesor:

Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
CARLOS ALBERTO FIGUEROA PAUCARPURA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICO – FILOSÓFICOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DISCURSO FISCAL PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M. Cs. CARLOS ALBERTO FIGUEROA PAUCARPURA

JURADO EVALUADOR

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 18:30 horas del día 22 de setiembre del año dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/pcf-viju-mok, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA** y **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; y en calidad de Asesor el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado, el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICO –FILOSÓFICOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DISCURSO FISCAL PENAL PERUANO.**

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECIOCHO (18) [EXCELENTE]**, la mencionada Tesis; en tal virtud, el **M.Cs. CARLOS ALBERTO FIGUEROA PAUCARPURA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

Siendo las 19:29 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mis hijos Guadalupe Valentina y Fabian Darío por ser fuente de mi fortaleza y perseverancia.

“Si vamos a ser moral y éticamente responsables, no puede haber retroceso una vez que descubrimos, como hemos descubierto, que algunas de las presuposiciones más básicas de estos valores están equivocadas. Jugar a Dios es, de hecho, jugar con fuego. Pero eso es lo que hemos hecho los mortales desde Prometeo, el santo patrón de los descubrimientos peligrosos. Jugamos con fuego y tomamos las consecuencias, porque la alternativa es la cobardía frente a lo desconocido.”

Ronald Dworkin

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
EPÍGRAFE.....	vi
LISTA DE ABREVIACIONES.....	x
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT.....	xii
INTRODUCCIÓN.....	xiii

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.1. Descripción del problema	1
1.1.2. Formulación del problema	5
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	5
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3.1. Tipo de investigación.....	7
1.4. HIPÓTESIS	9
1.5. OBJETIVOS	10
1.5.1. Objetivo general	10
1.5.2. Objetivos específicos.....	10
1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.6.1. Método Genérico	10
1.6.2. Métodos específicos.....	11
1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	13
1.7.1. Técnica.....	13
1.7.2. Técnicas de procesamiento de información.....	13

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. JUSTIFICACIÓN IUSFILOSÓFICA.....	15
2.2. LA JUSTICIA	22
2.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	26
2.3.1. Antecedentes	26
2.4. ESTADO LEGAL Y CONSTITUCIONAL	30
2.4.1. Estado Legal	31
2.4.2. Características	32
2.4.3. Filosofía del Estado Constitucional.....	36
2.5. ÁMBITOS DE DECISIÓN FISCAL Y LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DEL SISTEMA HETEROCOMPOSITIVO EN MATERIA PENAL.....	38

CAPÍTULO III

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE MOTIVACIÓN

3.1. LA MOTIVACIÓN	41
3.1.1. Antecedentes Históricos	41
3.1.2. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.....	45

CAPÍTULO IV

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

4.1.1. La “Lógica Informal” de Stephen Toulmin.....	53
4.1.2. La Teoría del caso especial de Robert Alexy	56
4.1.3. El Post Positivismo de Manuel Atienza Rodríguez.....	60
4.2. ARGUMENTO Y ARGUMENTACIÓN	62
4.3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN.....	63

4.4. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	64
--	----

CAPÍTULO V

DIMENSIONES DE RACIONALIDAD

5.1. NUEVAS DIMENSIONES DE RACIONALIDAD	68
5.1.1. Concepción Pragmática de la Argumentación Jurídica	68
5.1.2. La utilización de la retórica y la dialéctica en el discurso jurídico.....	71

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DOCUMENTAL Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

6.1. Análisis documental de Pronunciamientos emitidos por el Ministerio Público (sustentación escrita y oral)	80
6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	96

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE DIRECTIVA APLICADA A LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Directiva N° 001-2020-MP-FN.....	144
CONCLUSIONES	153
RECOMENDACIONES	155
LISTA DE REFERENCIAS	156

LISTA DE ABREVIACIONES

D. Leg.:	Decreto Legislativo,
Exp.:	Expediente,
Sent.:	Sentencia,
D.S.:	Decreto Supremo,
P.J.:	Poder Judicial,
M.P.:	Ministerio Público,
UNC.:	Universidad Nacional de Cajamarca.
C.P.P.:	Código Procesal Penal
C.P.:	Código Penal

RESUMEN

El presente trabajo parte de la afirmación de que la obligación de motivar resoluciones no solo atañe a los órganos jurisdiccionales, sino también, a los representantes del Ministerio Público, por tal motivo a lo largo de la investigación se desarrollarán los enfoques aplicados para la resolución de casos, los cuales, a criterio nuestro y conforme se expondrá, resultan insuficientes para lograr una debida motivación que se requiere en un Estado Constitucional, por ello se debe acudir a otros enfoques, como el pragmático, propuesto por el profesor y filósofo español Manuel Atienza.

Por tal motivo, la argumentación que se realizará a continuación busca conocer cuáles son los fundamentos jurídico – filosóficos que justifican la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso fiscal peruano, ello con la finalidad de concretizar el razonamiento jurídico a fin de obtener una respuesta motivada sobre la litis en sede fiscal y de este modo lograr la completitud del deber motivacional, propia de un Estado Constitucional, donde el Derecho es entendido como una empresa racional que logre ciertos fines y valores.

En ese entender se revisará la legislación, jurisprudencia y doctrina actual relevante a fin de proponer la necesidad de la aplicación de la dimensión pragmática de la argumentación jurídica en un discurso fiscal en materia penal, para tal efecto se utilizarán los métodos hermeneúutico y sobretodo el argumentativo.

Palabras clave: Ministerio Público, discurso fiscal peruano, Argumentación Jurídica, Concepciones de la Argumentación Jurídica, Enfoque Pragmático.

ABSTRACT

This work is based on the affirmation that the obligation to motivate resolutions not only concerns the jurisdictional organs, but also the representatives of the Public Prosecutor's Office, for this reason throughout the investigation the approaches applied to date will be developed by On the part of the Prosecutors in criminal matters of our country for the resolution of cases, which, at our discretion and as will be exposed in the investigation, are insufficient to achieve a due motivation that a Constitutional State requires, therefore we must turn to others approaches, such as the pragmatic one, proposed by the Spanish professor and philosopher Manuel Atienza.

For this reason, through the theoretical work that will be carried out below, we seek to know what are the legal - philosophical foundations that justify the application of the pragmatic conception of legal argumentation in Peruvian tax discourse, with the purpose of concretizing legal reasoning in order to obtain a motivated response on the tax office, in order to achieve the completeness of the motivational duty, required in a Constitutional State, where the Law is understood as a company consisting in achieving certain ends and values.

In that understanding, the current legislation, jurisprudence and relevant doctrine will be reviewed in order to propose the need for the application of the pragmatic dimension of legal argumentation in a tax discourse in criminal matters, for this purpose the hermeneutic methods were used and especially the argumentative.

Keywords: *Public Ministry, peruvian fiscal discourse, Legal Argumentation, Conceptions of Legal Argumentation, Pragmatic Approach.*

INTRODUCCIÓN

La obligación de motivación contenida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, conforme a la propia redacción del texto constitucional, corresponde a los operadores jurisdiccionales, empero, en el ámbito de aplicación del nuevo modelo procesal penal impuesto en nuestro país con la vigencia del Código Procesal Penal del 2004, tal deber motivacional, no solo corresponde a la esfera jurisdiccional, sino también a los representantes del Ministerio Público, ya que éstos en el ejercicio de sus funciones emiten disposiciones, requerimientos y providencias, que, en buena cuenta, inciden sobre los derechos de los ciudadanos.

En el nuevo modelo de Estado constitucional se requiere, sin duda, mayores exigencias de argumentación (a los jueces, fiscales, etc.) en comparación con el Estado de Derecho legislativo, en ese sentido, un límite notable del positivismo jurídico – que ha sido puesto de manifiesto por diversos autores – es su carencia de la teoría de la argumentación; la tesis de la unidad de la razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral; el objetivismo moral es un presupuesto para entender la exigencia de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones; la importancia de los principios va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación en el Derecho; como se echa de ver sobre todo a propósito de la ponderación; y el modelo del juez ni activista ni formalista, podría definirse como un juez (fiscal) argumentativo: que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho. (Atienza, 2004, p. 23)

En tal virtud, consideramos que el conocimiento y la aplicación de la argumentación jurídica en el ámbito del ejercicio de las funciones del Ministerio Público, resulta fundamental para la concretización del deber motivacional, requerido en un Estado Constitucional, como aspira ser el nuestro.

Es por ello que, a partir de la llegada del fenómeno denominado giro argumentativo del derecho, constituye una tarea a nivel académico y jurisprudencial determinar las características o enfoques que debe contener un discurso jurídico, y en el caso de la presente investigación, delimitar aquellos a ser utilizados por los Fiscales peruanos en materia penal.

Prima facie se ha sostenido que una decisión fiscal debe contener una justificación interna y externa que lo hacen racional, empero, debido a las complejas relaciones humanas, es menester aplicar otras dimensiones de racionalidad al momento de la resolución de los casos, es por ello que, a nuestro criterio, la dimensión pragmática debe jugar un papel importante al momento de resolver conflictos, ya que dicho enfoque que contempla a la argumentación como una actividad (social) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o interactuar con otros para arribar a un acuerdo, de lo cual, como se desarrollará en el trabajo, constituye clave para el éxito de la argumentación, claro está, siguiendo ciertas reglas. En esa línea de razonamiento, al ser un mandato constitucional, resulta necesario que la motivación sea cumplida a cabalidad por el operador jurídico en general y por los fiscales penales en particular y el aporte del presente trabajo está orientado a optimizar el cumplimiento de ese deber motivacional aplicando – copulativamente – las tres concepciones de la argumentación jurídica planteada por Manuel Atienza.

Para tal efecto, sistematizamos el trabajo en siete Capítulos. En el Primer Capítulo, se desarrollarán los aspectos metodológicos de la presente investigación, tales como el planteamiento del problema, la justificación, ámbito de la investigación, hipótesis, objetivos, métodos, entre otros; en el Capítulo Segundo efectuaremos una revisión general de los principales conceptos e institutos indispensables para estructurar un escenario propicio a efectos de comprender adecuadamente el trabajo; en el Tercer Capítulo ingresaremos al estudio de la motivación, para seguidamente profundizar en la división de contextos: descubrimiento y justificación; en el Capítulo Cuarto se desarrollarán las principales teorías de la argumentación que sustentan el presente trabajo, tales como las propuestas del profesor matemático Stephen Toulmin, del maestro Alemán Robert Alexy y principalmente de la teoría del filósofo español Manuel Atienza cuya propuesta pragmática respalda nuestra investigación; en el Capítulo Quinto se estudiarán las nuevas dimensiones de racionalidad, se desarrollará con mayor detalle la concepción pragmática de la argumentación jurídica a través de sus dos aspectos que la estructuran: retórica y dialéctica; en el Capítulo Sexto se analizarán disposiciones emitidas por el Ministerio Público haciendo uso de las herramientas argumentativas desarrolladas por el profesor español Manuel Atienza, asimismo, se realizará la contrastación de las hipótesis, en el Séptimo Capítulo se formulará la propuesta de Directiva aplicada a los pronunciamientos del Ministerio Público; por último se brindarán las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Descripción del problema

La motivación de las decisiones judiciales ha sido considerada como una obligación del órgano jurisdiccional. Así, el artículo 154 de la Constitución Política de 1920 y el artículo 227 de la Constitución de 1933 recogieron tal obligatoriedad, señalando que las sentencias deberán expresar los fundamentos en que se apoyen.

En la Constitución de 1979 que en su artículo 233 establece como “Garantía de la Administración de Justicia” la motivación de las resoluciones y la Constitución vigente, promulgada en 1993 la considera como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, precisando además la dimensión que alcanza, al señalar que la motivación comprende la mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. La Constitución Política vigente establece en el inciso 5 del artículo 139 la obligación de que toda resolución judicial esté debidamente motivada, esto es, que el Juez proporcione razones que lo llevaron a tomar una determinada decisión. Ahora bien, en el marco de la normativa procesal penal existen no solo pronunciamientos judiciales sino también Fiscales, tal como lo señala el artículo 64 del Código Procesal Penal, asimismo, se advierte que el Ministerio Público tiene monopolio durante las diligencias preliminares y la función de recabar elementos de convicción de cargo y de descargo durante la

etapa de investigación preparatoria para acusar o sobreseer la causa, y la facultad de llevar a juicio un caso donde concurren suficientes medios de prueba que respalden la acusación, ocasión en la que sustentará – esencialmente – de manera oral su pretensión en representación de la sociedad y buscará convencer al juez para la obtención de una sentencia condenatoria. En ese entender, el Tribunal Constitucional ha señalado que el proceso penal también comprende los actos del Ministerio Público, por tal motivo, en dichas actuaciones deben respetarse las garantías de un debido proceso y consiguientemente resguardar los derechos fundamentales de toda persona [Exp. Nro. 01268-2001-HC/TC. FJ NRO. 3. Caso: Cacho De Valdivia].

De igual manera, esta atribución obliga a los magistrados fiscales a resolver la pretensión de las partes de modo adecuado con las cláusulas en que vengan esbozadas, sin cometer, desvíos que modifiquen o alteren el debate Fiscal. El no acatar dicha obligación evidenciaría una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y a la motivación de los pronunciamientos Fiscales [Exp. Nro. 03379-2010-AA/TC. FJ NRO. 4. Caso: Velasco Sáenz]. En ese sentido, toda autoridad judicial o fiscal en un proceso penal debe hacer uso de la argumentación jurídica, por ese motivo, su conocimiento y dominio resulta de suma importancia para cualquier operador jurídico. Ahora bien, a nuestro criterio la teoría más completa y la que tuvo gran influencia en América Latina y sobre todo en el Perú es la desarrollada por el profesor y filósofo español Manuel Atienza,

quien, en su obra “Argumentación Constitucional Teoría y Práctica” propuso tres concepciones de argumentación: formal, material y pragmática. (Atienza, 2011)

La concepción formal concibe la argumentación como una actividad compuesta de una serie de enunciados independientemente de su verdad, de la corrección de sus premisas o la verdad de sus conclusiones, en este extremo lo que domina es el aspecto lógico y el asunto de la interpretación está en verificar si las premisas pueden derivarse hacia la conclusión, a través de pautas de inferencia, que se constituye en criterios de corrección. Son lo que se denomina en cursos de lógica: esquemas.

Para la concepción material, lo importante es aquello que hace a los enunciados verdaderos, lo trascendente aquí consiste determinar qué debemos creer o hacer, y consiste por ello, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar alguna acción; sus criterios de corrección no pueden tener un carácter eminentemente formal: lo trascendente consiste en determinar en qué condiciones una razón prevalece sobre otra; y esos criterios no son reglas de inferencia, sino que dependen de cómo es el mundo.

Finalmente, la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. (Atienza, 2011)

Siendo esto así, para el profesor Atienza, no basta que el discurso jurídico sea formalmente correcto o que las premisas se encuentren bien fundamentadas, sino que, el operador jurídico persuade y convenga a los justiciables, que proporcione razones que permitan considerar la decisión como algo aceptable.

En la actualidad en nuestro país se advierte que, en los pronunciamientos fiscales, se utilizan las concepciones formal y material; es decir, se utiliza un silogismo y se verifica la validez de las premisas para llegar a la conclusión, empero, la concepción pragmática es muy poco conocida, en un sentido teórico, pero su utilización es cotidiana y hasta natural porque cada persona siempre busca persuadir y convencer a través de su discurso, este enfoque apunta a una nueva dimensión de la racionalidad: racionalidad como capacidad para persuadir a otros, para interactuar lingüísticamente con los demás y llegar a acuerdos respetando ciertas reglas; por ello, quizás se le pueda llamar racionalidad procedimental o política, que no se opone necesariamente a las otras dos (Atienza, 2012), en ese entender y asumiendo que cada uno de los enfoques destaca un aspecto importante de la práctica jurídica argumentativa (Atienza, 2012) y por ende se encuentran conectadas entre sí y no son incompatibles, consideramos que resulta fundamental en un Estado Constitucional, como el nuestro, conocer y utilizar, no solo las concepciones formal y material, sino también la pragmática y a partir de ello optimizar el deber motivacional constitucionalmente consagrado.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídico – filosóficos que justifican la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso jurídico fiscal penal peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN

El Fiscal en su calidad de defensor de la Legalidad y persecutor del delito, conoce y acepta que su función central es la búsqueda de la justicia, sus pronunciamientos y actuaciones, sobre todo en materia penal, constituyen una suerte de notificación a la comunidad acerca de la actitud que los fiscales habrán de tomar cuando surjan conductas delictivas.

Por lo tanto, sus disposiciones, requerimientos y actuaciones tienen un alcance mayor que el de dirimir una disputa individual, siendo ello así, la actividad fiscal debe estar motivada, por ello, como se señaló anteriormente, resulta de suma importancia el conocimiento y aplicación de la argumentación jurídica para elaborar un discurso en sede Fiscal a efecto proporcionar una adecuada respuesta al justiciable o en sede judicial para obtener una sentencia condenatoria en el juzgamiento, es así que, el uso de las primeras concepciones (formal y material) es cotidiano y meridianamente utilizado por los Magistrados Fiscales, empero, respecto de la pragmática es poco conocida y consiguientemente inutilizada o utilizada en menor medida, lo cual genera que el discurso sea insuficiente para satisfacer la obligación motivacional en un Estado Constitucional, por tal motivo, a criterio del investigador, siguiendo la línea propuesta por el profesor Manuel Atienza, un discurso no puede ni debe reducirse

únicamente al uso de los enfoques formal o material de la argumentación, sino también debe utilizarse el pragmático, que considera a la argumentación como una actividad propia de la sociedad orientada a lograr la interacción del intérprete para el logro de la persuasión o el acuerdo de un auditorio, aplicando ciertos límites, dicho enfoque, como analizaré en detalle posteriormente, se nutre de la retórica y la dialéctica como procesos de comunicación, por tanto, con ello se demuestra que la argumentación no se trata de una actividad individual sino es de naturaleza social, que persigue un fin específico o varios a la vez: la persuasión, el convencimiento, el acuerdo y el consenso son las ideas finales que se persigue.

En ese entender, a criterio del investigador, la labor motivacional del Estado a través de los representantes del Ministerio Público va más allá de explicar cómo se llegó a una determinada tesis, el Fiscal deberá “justificar” y ello supone mostrar razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, defendible y no sólo dar razones por las cuales se produjo la decisión, he aquí el aporte del enfoque pragmático de la argumentación para una efectiva labor de motivación.

En tal virtud y aplicando la tesis propuesta por el filósofo de Alicante, en el discurso planteado por un Fiscal, deben concurrir los tres enfoques de argumentación (formal, material y pragmática), es decir, la decisión fiscal debe guardar coherencia lógica, sus premisas deben estar fundamentadas y deben ser correctas, pero además de ello el fiscal debe justificar que su decisión fue la más correcta y acertada, dejando al libre criterio del operador jurídico el uso de la retórica y dialéctica para convencer y

persuadir a los justiciables que sus razones son las mejores. Por ello, resulta necesario conocer a profundidad la teoría argumentativa planteada por Manuel Atienza para de esta manera determinar los fundamentos jurídico-filosóficos que justifiquen la aplicación de la dimensión o concepción pragmática de la argumentación en el en el discurso fiscal penal peruano, ya que en la actualidad es poco conocida, pero por ello no deja de ser aplicada de manera empírica, por tal motivo al estudiarla y analizarla, servirá para que, a futuro, los fiscales penales la apliquen de manera estandarizada y sirva de herramienta argumentativa para lograr una debida motivación requerida en un Estado Constitucional y con ello, la armonía de todos los valores jurídicos.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

Dada su naturaleza es de alcance general al sistema fiscal penal nacional.

1.3.1. Tipo de investigación

A. De acuerdo al fin que persigue

Corresponde a una investigación filosófica – jurídica porque se construirán y formularán criterios racionales para la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en los pronunciamientos que realicen los fiscales en materia penal.

De igual manera, el estudio corresponde a una investigación básica, debido a que se estará orientado a obtener conocimientos teóricos, sin una aplicación inmediata, y, de nivel analítico jurídico filosófico de los fundamentos que justifiquen la

aplicación de la concepción pragmática en el discurso penal peruano.

B. De acuerdo al diseño de investigación

En el presente trabajo corresponde a una investigación de naturaleza y alcance explicativo y propositivo, en ese entender, la investigación jurídica se fundamenta en la posibilidad de entender e interpretar los significados de objeto que se estudia – justificación de la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso penal peruano – desde una triple perspectiva: la del fenómeno en sí mismo, la de su engranaje sistémico estructural con una totalidad mayor y la de su interconexión con el contexto que se desenvuelve.

El trabajo es explicativo en virtud a que se pretende conocer y comprender el objeto de estudio, así como las relaciones determinísticas (causa – efecto) que pueden establecerse entre las dimensiones que presenta dicho objeto de estudio.

Asimismo, al corresponder a una investigación propositiva se partirá por entender que la realidad jurídica actual sobre la praxis argumentativa que realizan los fiscales peruanos no es del todo correcta por lo que se hace merecedora de mejoras, en ese entender, se elaborará una propuesta de adición de la denominada concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso fiscal penal peruano, lo cual contribuirá en la

optimización del deber motivacional requerido en un Estado constitucional.

El diseño corresponde a uno de carácter no experimental por cuanto la investigación se sustenta en que el análisis y la asociación entre variables será estudiada tal y como ha ocurrido, sin manipulación intencional de la realidad.

C. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

En el caso de la presente investigación se plantea un enfoque cualitativo, debido a que en la identificación y formulación del problema y su solución se sustentan en la argumentación jurídica.

1.4. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos y filosóficos que justifican la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso jurídico fiscal penal peruano son:

- A. Prevalencia del valor de justicia del Estado Constitucional frente al Principio de Legalidad.
- B. Concretización del razonamiento reforzado a fin de obtener una respuesta motivada sobre el tema materia de controversia en sede fiscal.
- C. Completitud de la motivación a partir de la concurrencia de las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.
- D. La vinculación de la concepción pragmática con los valores jurídicos de aceptabilidad y consenso.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídico – filosóficos que justifican la aplicación de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso jurídico fiscal penal peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- A. Explicar la funcionalidad de la argumentación a partir del tránsito del Estado legal al Estado Constitucional.
- B. Determinar la relación entre la concretización de un razonamiento reforzado y la obtención de una respuesta motivada.
- C. Explicar la optimización de la garantía motivacional a partir de la concurrencia de las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.
- D. Proponer la aplicación de la concepción pragmática en los pronunciamientos fiscales en materia penal.
- E. Proponer la construcción de lógicas sensibles al contexto en las que una de las concepciones es preponderante.

1.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. Método Genérico

En la presente investigación se hizo uso de los siguientes métodos:

A. Método Deductivo

El método deductivo logra inferir algo observado a partir de una ley general, se hace uso de una serie de herramientas e

instrumentos que permiten conseguir los objetivos propuestos de llegar al punto o esclarecimiento requerido.

La deducción ha sido utilizada para conjugar los conocimientos adquiridos en base al estudio de los criterios racionales de la aplicabilidad copulativa de las tres dimensiones de la argumentación jurídica en todo discurso jurídico y a partir de esos tratados generales, respaldar la fórmula propuesta para la aplicación conjunta de los enfoques argumentativos por todo magistrado Fiscal en sede penal al momento de resolver un caso.

B. Método Analítico – Sintético

A través del análisis se realizó una operación mental que permitió descomponer la naturaleza jurídica y alcances del enfoque pragmático de la argumentación jurídica, para sintetizar los resultados relevantes, determinando específicamente sus cualidades en relación al objeto de investigación.

1.6.2. Métodos específicos

A. Método Hermenéutico

Tradicionalmente, se ha entendido a la hermenéutica jurídica como la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho (Carmona, 1996), para Pablo Rodríguez-Grandjean, hermenéutica sería el arte o la técnica de la interpretación de textos, especialmente sagrados (Rodríguez-Grandjean, 2002), en tanto que para Gadamer la pretensión de la hermenéutica es netamente filosófica, por tanto, la hermenéutica

no trata tanto de qué sea interpretar sino de qué es entender (Rodríguez-Grandjean). En palabras de Juan Pablo Sterling Casas, la hermenéutica es la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales, es decir, ante los problemas de comprensión en dichas ciencias (y se puede incluir aquí al Derecho) la hermenéutica es aquella que permite establecer el método para poder llegar a una correcta comprensión de un determinado mensaje (Sterling, 2017), o como lo plantea Habermas, es la lógica de las ciencias sociales (Habermas, 2009). En ese sentido, este método permitió al investigador interpretar y entender la legislación nacional y las diversas tendencias y criterios que se han producido sobre la obligación motivacional que tiene el operador jurídico (fiscal) en un Estado Constitucional para emitir sus pronunciamientos y por ende el uso de la argumentación jurídica en el discurso penal fiscal.

B. Método Argumentativo

Sumada a la hermenéutica, el ejercicio de la argumentación jurídica es básico para la legitimación de cualquier decisión, la explicitación de manera racional a través de una estructura argumentativa sólida es la culminación del proceso de legitimación. (Sterling, 2017)

Justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y el razonamiento jurídico es básicamente justificativo, de tal manera que el uso del método argumentativo implicó proporcionar

razones, conectadas entre sí, dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de la aplicación del enfoque pragmático en un discurso fiscal.

1.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Técnica

Las técnicas son herramientas investigativas más precisas y concretas en la ejecución la labor de investigación, mediante estas sistematizamos los indicadores en la práctica, entre ellas tenemos:

A. Técnica documental o bibliográfica

Nos permitió revisar pronunciamientos (escrito y oral) del Ministerio Público en materia penal y examinar documentación de carácter teórico doctrinario y las normas legales sobre la materia, elementos de sustento en la ejecución de la tesis.

B. Técnica de la encuesta

Mediante esta técnica, apoyados de un instrumento de recolección de datos, se aplicó encuestas a Fiscales especializados en materia penal, sobre el tema materia de la investigación.

1.7.2. Técnicas de procesamiento de información

A. Interpretación y análisis de datos

Los datos obtenidos serán interpretados y analizados en relación con el marco teórico de la investigación.

B. Discusión

Se realizó en base a la interpretación y análisis de datos y las bases teóricas, para de esa manera determinar las conclusiones de la investigación de acuerdo con las hipótesis de trabajo.

Para realizar la contrastación conceptual de la hipótesis se utilizó la argumentación para construir el discurso jurídico relacionado con la justificación del empleo de la concepción pragmática de la argumentación jurídica en el discurso penal peruano.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. JUSTIFICACIÓN IUSFILOSÓFICA

El presente trabajo parte de la premisa que el deber de motivar se encuentra regulado constitucionalmente en el artículo 139 inciso 5 de nuestra Carta Magna que prescribe que la motivación escrita de las resoluciones judiciales es un principio y derecho de la función jurisdiccional.

En relación a ello, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que en un Estado constitucional la motivación de las decisiones de la administración pública – en general – es un derecho fundamental que es absorbido por el derecho a la tutela procesal efectiva. Es sí que, el derecho a la motivación es una garantía fundamental en casos en los que se afecta de manera negativa la situación jurídica de los ciudadanos. Así, cualquier discurso que evidencie una falta de motivación, constituirá una decisión arbitraria y devendrá en inconstitucional. [EXP. N.º 03891-2011-PA/TC]

Cabe resaltar que a la fecha ya no nos encontramos ante un Estado legislativo sino ante la figura del Estado Constitucional más o menos desarrollado, para explicar de mejor manera este aspecto, el filósofo español Manuel Atienza señala que, en el Estado constitucional las decisiones públicas (judiciales o fiscales) tienen que estar motivadas, razonadas, para que de esta forma puedan controlarse y además fiscalizarse. La legitimidad no es un aspecto eminentemente formal, ella exige recurrir a criterios materiales, es así que, el Estado constitucional

está orientado a brindar un amplio escenario para la argumentación que no ofrece otra empresa racional. (Atienza, 2004)

Por su parte, para el profesor italiano Guastini (2003) las condiciones elementales que deben concurrir en un Estado para evidenciar el carácter constitucional de su orden normativo son:

A. Fuerza vinculante de la Constitución

A través de este requisito se busca llenar de contenido normativo a las normas de la carta fundamental. Esta fuerza normativa dependerá de la redacción, de la interpretación atribuida por los jueces constitucionales y de la doctrina constitucional, sin embargo, lo que debe quedar claro es que las normas contenidas en la Constitución son de carácter jurídico y por tanto resultan ser vinculantes y de aplicación inmediata. Esto resulta importante para normas programáticas – traducidas en los Derechos Sociales – que se mostraron como programas de carácter político, a las que en la actualidad se les atribuye un “contenido mínimo” como lo ha señalado el TC español (STC 15/1981, F.J. 8).

B. “Sobreinterpretación” constitucional

Consiste en atribuir a un texto un determinado significado posterior distinto al de la autoría original, por ello rebasa el análisis literal y alcanza una calidad diferente, más amplia. Mediante esta herramienta interpretativa se busca extraer de las disposiciones constitucionales normas no escritas denominadas implícitas, aptas para dirimir cualquier conflicto de los ciudadanos dentro del aspecto de su vida social y política.

C. Aplicación directa de las normas constitucionales

Ello tiene que ver con dos aspectos: a) que la norma constitucional regula también relaciones entre particulares, no está dirigida exclusivamente a los órganos de naturaleza pública; y b) que todos los operadores judiciales puedan aplicar el texto constitucional, incluidas sus normas denominadas “programáticas” o normas – principio. Estas dos cuestiones no las podíamos ubicar en el Estado Legislativo, pero han venido siendo utilizadas tanto por la doctrina y jurisprudencia en materia constitucional.

D. Interpretación conforme de las leyes

Guastini señala que este requisito se vincula con la interpretación de la ley, no de la Constitución. Esta se da cuando, al tener la alternativa de aplicar a un determinado caso la interpretación A1 o A2 de la ley, decide por la más favorable para optimizar algún precepto constitucional. Asimismo, este aspecto significa también que, ante una eventual interpretación de la ley que contravenga la Constitución u otra interpretación que no la vulnera, el órgano jurisdiccional debe optar por la última.

E. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Este aspecto contiene varios elementos a saber: i) mecanismos constitucionales de solución de conflictos de carácter político entre órganos del Estado, que permita a un juez resolver en aplicación del texto constitucional; ii) que los jueces constitucionales no asuman un criterio de autocontrol (*self-restraint*) frente a la denominada “*political*

questions”, sino que todos los aspectos públicos se conduzcan a parámetros de justicia constitucional; y, iii) que el texto constitucional sea usado por los actores políticos para brindar razones y resguardar sus inclinaciones de orden político. (Carbonell, 2009)

Siendo ello así y *prima facie*, nos apartamos de las concepciones positivistas del derecho que sostienen que la conexión metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral es meramente contingente, no necesaria, ya que en ciertos contextos es perfectamente posible separar el Derecho de la moral, mientras que desde otros no puede hacerse, es así que el juez o fiscal, no puede identificar el Derecho aplicable al caso – en muchas ocasiones – sin acudir a razones morales, ni puede en consecuencia justificar su decisión si recurrir a la moral.

A partir de ello y a la luz de las teorías no positivistas, analizaremos si dicho deber motivacional, responde a una regla o a un principio. Veamos. Alexy entiende las reglas como normas que solo pueden ser cumplidas o no. De otra parte, los principios son normas que poseen diferentes grados de cumplimiento. En función a ello, el profesor alemán considera las reglas como “mandatos definitivos” y a los principios como “mandatos de optimización”. (Alexy. 1993), conforme a lo referido, cuando se acatan las reglas, son de modo absoluto, en tanto que, la observancia de principios puede realizarse gradualmente.

En esa línea de razonamiento encontramos que el deber motivacional es un principio, el cual se busca optimizar y aplicar en la mayor medida posible, o lo que, en palabras de Atienza, es la razón que sirve de

justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones – implícitas, no formuladas en el texto de la ley – a las reglas. (Atienza, 2004)

En ese entender, al considerar la obligación motivacional como un principio que debe ser optimizado en la mayor medida posible, mi trabajo se respalda en la teoría constitucionalista no positivista de Manuel Atienza en función a que, según esta propuesta, el Derecho del Estado Constitucional se caracteriza por rasgos sustantivos, valorativos: por el reconocimiento y protección de los Derechos fundamentales. (Atienza, 2004)

En el presente trabajo nos apartamos de la concepción positivista del Derecho debido a que esta teoría reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente axiológico, en ese sentido, siguiendo la línea de Atienza, la naturaleza dual del Derecho consiste en ver en el mismo no sólo un sistema de normas, sino también, una práctica social, con la que se trata de alcanzar (de maximizar) ciertos fines y valores, plasmados en los Derechos fundamentales, pero permaneciendo dentro del sistema. (Atienza, 2004)

La idea planteada por el filósofo de Alicante se basa en la unidad de la razón práctica, en el sentido de que, en el razonamiento práctico, las razones últimas son de carácter moral, de tal modo que, el razonamiento justificativo de un juez o en este caso del fiscal, debe contener una razón moral. (Atienza, 2004), sobre este aspecto, también considero que el razonamiento jurídico no es una clase especial de discurso racional como lo sostiene Robert Alexy.

En relación a las reglas y principios, se sostiene que ambas instituciones deben combinarse hasta alcanzar un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y lo flexible que se necesita al momento de manejar el material jurídico y que ello no sería factible sin recurrir a los principios. (Atienza. 2004)

A criterio de esta teoría, se necesita tanto el razonamiento interpretativo subsuntivo y ponderativo, porque en ocasiones para la resolución de un conflicto se cuenta con una premisa normativa que es una regla, mientras que, en otras, el punto de partida no es una regla, sino un principio. De igual modo, se señala que la ponderación supone mayores niveles de discrecionalidad que el puramente subsuntivo y que debe recurrirse al mismo de manera excepcional, al tiempo que su uso requiere niveles particularmente exigentes de justificación. (Atienza. 2004)

Este último aspecto resulta importante, ya que, a diferencia de otros autores, para el profesor alicantino la ponderación debe ser una herramienta argumentativa excepcional y no de uso cotidiano.

Lo más resaltante en este paradigma y que sirve de sustento para el tema de investigación es que, esta teoría, se conecta muy estrechamente con la base del presente trabajo, por ello, ante un escenario como el Estado constitucional, se requiere de mayor rigor al momento de argumentar, a diferencia del Estado Legislativo, asimismo, se debe hacer notar que el positivismo jurídico carece de una teoría de la argumentación, lo cual constituye un límite; la tesis de la unidad de la

razón práctica supone la incorporación en el Derecho de la argumentación moral, que es un presupuesto para entender la necesidad de que los órganos públicos tengan que fundamentar sus decisiones; la importancia de los principios va ligada a un incremento y una complejidad creciente de la argumentación en el Derecho; como en el caso de la ponderación; y el modelo del juez ni activista ni formalista, podría definirse como un juez (fiscal) argumentativo: que asume una posición responsable frente a la obligación de fundamentar su discurso y, por ello, es consciente de la concurrencia de determinados límites. (Atienza, 2004)

En suma nos adherimos al paradigma del constitucionalismo no positivista planteado por el filósofo de Alicante debido fundamentalmente a que busca ser una teoría argumentativa del Derecho, en cuanto la práctica jurídica tiene un carácter argumentativo, aunque no todo en Derecho es argumentación, pero el escenario donde se argumenta por antonomasia es el Derecho, en ese entender, esa dimensión abre al jurista grandes posibilidades de actuación para transformar dicha práctica precisamente en el sentido de aproximarla a los valores del constitucionalismo. (Atienza, 2004)

Para ello se requiere un concepto de la argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática (retórica y dialéctica) y que contribuya a guiar a los juristas en general y a los fiscales en particular, en la resolución de tres asuntos: cómo entender y analizar un

argumento, cómo evaluarlo; y cómo argumentar un determinado discurso. (Atienza, 2004)

2.2. LA JUSTICIA

Uno de los temas más controvertidos, que provoca pasiones y quizá, uno de los más abordados en filosofía es la justicia, debido a que es un valor atado a la moral y que imprescindible para la vida en común y una manera de reestablecer los equilibrios distributivos.

En la Grecia antigua los filósofos como Platón, que realizaban un análisis del mundo y de la vida desde un punto de vista metafísico, el concepto de justicia estaba asociado a la felicidad, entendida como una mezcla de sabiduría y placer que daba lugar a una verdadera contemplación de ideas. Por ello, la premisa que señala que la justicia es dar a cada quien lo suyo y disfrutar lo que le corresponde tendría como consecuencia la felicidad.

Sobre el particular debe hacerse una salvedad, la justicia no es tanto una acción externa, sino un estado de tranquilidad del hombre o del armonía del alma (Cañas Quiros, 1995), en ese sentido, se trata de una virtud sin explicación racional, y era el producto del equilibrio de todas las partes que constituían el alma, la templanza, la fortaleza y la sabiduría, equilibrio que no todos podían alcanzar, como virtud, la justicia era una facultad nacida de la moral humana que ayudaba a contrarrestar vicios como la avaricia, y mediante la cual, era posible propender por el bien ajeno, incluso por encima del bien propio. Era la madre de todas las virtudes y gracias a ella los seres humanos evitaban la guerra. Por intuición cada quien daba al otro lo suyo, y así podía considerarse como un justo.

Lo “suyo”, hacía referencia a “su derecho” debía por lo tanto entenderse que ese derecho, era asignado de manera natural a cada ser que nacía dentro de la especie humana. “Justicia” era entonces el reconocimiento de esa asignación natural dada. No obstante, por tratarse de un don dado al azar y respecto del cual no podía predicarse objetividad alguna, los antiguos decidieron objetivar la justicia a través de un medio que les ofrecía posibilidades de concreción sobre la misma. Fue así como se dio lugar a la ley, por lo que se convirtió desde entonces en el instrumento para medir la justicia, y si la ley no era aplicada u obedecida había injusticia. De ese modo se transformó en la representación de la justicia en la tierra, y era ella quien asignaba lo de cada quien, teniendo la función de determinar los derechos. De ese modo, en (384-322 a.C.), con las reflexiones de Aristóteles la justicia fue asociada al cumplimiento de la ley, ya que de esa forma era posible garantizar la igualdad, debido a que esas leyes eran el producto del acuerdo de intereses de la comunidad. En ese sentido, la justicia no le pertenecía a un individuo, puesto que no podía ser manipulada por él. De ahí surgió la noción de justicia como igualdad en la distribución, dada la reciprocidad necesaria entre las personas para la realización de la vida en común.

Una concepción de justicia de acuerdo con De Vitoria (2001), señalaba que mediante ella “nada adquirimos para nosotros, sino que por ella damos a otro lo que es suyo”. Con el transcurrir del tiempo y la modificación de los hábitos de vida humana, relacionadas con la implementación de nuevos modelos de producción, fueron necesarias otras explicaciones a las preguntas sobre la justicia. De este modo y en atención a la existencia de

nuevos valores en la sociedad, se dio paso a una concepción de la justicia relacionada con los fines del Estado, en donde el individuo y sus derechos adquirieron nuevas dimensiones.

Es complicado proporcionar un concepto de justicia, tal como lo señaló Dworkin (2012), resulta difícil proporcionar un concepto que sea a la vez abstracto para no poder discutirla y concreto para que sea de utilidad, quizá no exista una enunciación útil, de ser así, ello no pone en duda el sentido de los debates sobre justicia sino que acredita la imaginación de las personas tratando de ser justo, según dicho autor, la principal tarea no consiste en tratar de enunciar el concepto de justicia ni en volver a definir paradigmas sino en desarrollar y defender las legítimas concepciones de justicia, teorías polémicas que van mucho más allá de los paradigmas para entrar en la política.

En el año de 1971 se publicó la obra del profesor estadounidense John Rawls titulada "Teoría de la Justicia", dicho trabajo estaba orientado a la crítica del utilitarismo señalando que toda teoría debe ser sujeta a un examen y de no ser verdadera, no aplicarla, el filósofo sostenía que la única razón para soportar una tesis errada es no contar con otra mejor (Rawls, 1971), empero, no sostiene que su trabajo sea perfecto, sino que la propone como aporte académico y por ende sujeto a revisión. La publicación de su trabajo ocasionó una reacción en el ámbito de la filosofía política ya que su obra abarca muchas disciplinas.

La teoría del profesor Rawls (1971) orienta al esclarecimiento de lo que se entiende por justicia, ésta es definida por el filósofo de Baltimore como "la

capacidad moral para juzgar las cosas como justas apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo”.

Rawls sostiene que el principio de justicia deviene de un común acuerdo entre entes dotados de razón, provistos de libertad e igualdad en un determinado momento contractual, cuentan, eventualmente con validez universal y absoluta. Rawls nombró a su tesis como imparcial, sosteniendo que solo en condiciones imparciales se obtienen efectos imparciales.

La imparcialidad del momento convenido se avala por lo que él denomina velo de ignorancia que no permite a los partícipes tomar en cuenta todos los conocimientos específicos, entre estos, los de su propia identidad y con la sociedad a la que corresponden. Así, se suprime el pacto de la influencia de factores (naturales y sociales) que Rawls cree accidentales desde la óptica de la justicia, de igual manera, se asegura el trato equitativo de las ideas del bien. (Rawls, 1971)

El profesor Rawls propone una teoría ideal y, por lo tanto, normativa de la justicia. Decidir cuál sería la distribución justa de bienes y servicios sobre la base de la información acerca de las preferencias y demandas reales de las personas excede las posibilidades de una teoría ideal aunque es necesario establecer y administrar imparcialmente un sistema justo de instituciones.

Rawls sostiene que, se escoge entre diferentes situaciones no justas y se orienta a establecer una tesis no ideal, la salida menos injusta, cuyo fin es buscar equilibrio de desperfectos, un reajuste de eventos injustos

compensados. La virtud de una tesis ideal implica la factibilidad de recurrir a alguna noción de lo que es justo para determinar la gravedad de las fallas existentes y fundar la mejor manera de asomarse a ese ideal.

Los postulados de Rawls se constituyeron en un disenso frente al relativismo y el escepticismo ético, que rechazan una eventual afirmación de la veracidad o falsedad de las afirmaciones sobre lo justo o lo adecuado. Inició la reaparición del realismo moral, que sostenía que la argumentación en materia de justicia es una acción productiva, donde es factible diferenciar excelentes y malas respuestas. Empero, podemos señalar que el aporte más relevante de la teoría de Rawls fue resaltar la importancia de las tesis sobre la justicia en las ciencias sociales modernas. (Rawls, 1971)

2.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.3.1. Antecedentes

Se puede señalar que, la filosofía de la ilustración fue la propulsora del principio de legalidad en su disputa contra las injusticias y atropellos del poder; no obstante, sus raíces nos remiten muy al pasado, en ese sentido, vemos como su antecedente más remoto al Código de Hammurabi, donde se proponía implantar un derecho escrito, asequible, que resguardara y proporcionara seguridad jurídica al pueblo (Velásquez, 1995). Seguidamente, se sostiene que el *ius* romano y el *ius* románico del medioevo proscribían meridianamente la retroactividad, sin embargo, era común sancionar aplicando normas consuetudinarias o a través del fuero judicial. (Roxin, 1997)

De otra parte, un sector de la doctrina señala que su origen se remite a la *Magna Charta Libertatum* promulgada por el Rey británico Juan sin Tierra en el año 1215; asimismo, existen teóricos que se inclinan por el precedente de la *Charta Magna Leonesa* que Alfonso Rey de León y de Galicia, otorgó en las Cortes de León del año 1188. (Morilla, 1992)

El principio de Legalidad se afianzó con las Constituciones americanas (Filadelfia, 1774; Virginia y Maryland, 1776). En Europa lo diseña la “*Josephina*” austriaca de 1787, sin embargo, es con la Declaración en Francia de los Derechos del hombre y del ciudadano de data 26 de agosto de 1789 la que le proporciona carta de naturaleza. (Morilla, 1992)

En el Perú la primera Carta que recoge este principio es la Constitución Política de 1828 en el artículo 150, donde se señala: *“ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, por su parte, el Código Penal de 1863, dispone que: *“las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas”* (Peña, 1994). El Código penal de 1924 en el artículo 2 prescribe: *“Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada”*; y en el artículo 3 señala: *“Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles”*. El Código Penal vigente en el artículo II del

Título Preliminar del Código penal, respecto al Principio de Legalidad, sostiene lo siguiente: *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”*

2.3.2. Fundamentos

Se puede señalar que son dos los fundamentos sobre los que reposa este principio, uno es el político y el otro es el jurídico. El cimiento del principio de legalidad no alcanza a obtener consenso en el debate doctrinal. Así, por ejemplo, el profesor Roxin sostiene que el fundamento es jurídico, político y jurídico penal; por su parte, Maurach o Mir Puig lo remiten a la tesis del Estado de Derecho. (Urquiza, 2000)

A. Fundamento Político

Tal como se señaló anteriormente, el surgimiento del principio de legalidad se funda en el pensamiento de la ilustración, que propugnaba un Estado liberal de Derecho, en respuesta al viejo Estado opresor y autoritario. El Estado liberal de Derecho se distingue según Elías Díaz (1972), por cuatro características: a) Imperio de la ley. b) División de poderes. c) Legalidad en la actuación administrativa y d) Garantías de derechos y libertades fundamentales. (Urquiza, 2000)

El imperio de la ley implica la creación de criterios legales que fije los límites de intervención punitiva, de esta manera se evita

legítimamente que el tirano pueda ejercer arbitrariamente su potestad penal, generándose un clima de respeto a la libertad y seguridad personales; lo que resulta una condición básica para que se pueda vivir en un ambiente que permita materializar el derecho al proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad.

La base de legitimidad de la ley está en su origen democrático, en la voluntad del pueblo, que es de donde surge el poder estatal. El depositario de la voluntad popular es el parlamento, cuyos representantes son elegidos libremente con el voto de cada uno de los ciudadanos de un país. Por ello solo el parlamento está legitimado para dictar leyes. (Urquiza, 2000)

La división de poderes del Estado explica el rol que el órgano legislativo tiene en un Estado de Derecho, en este caso el de aprobar la ley, atendiendo a que representa la voluntad popular. Esta división de poderes garantiza el principio de legalidad penal, repartiendo el poder punitivo estatal entre el legislativo que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de un proceso democrático en el que participan los representantes del pueblo, y el judicial, de su aplicación en el caso concreto. (Muñoz, 1975)

B. Fundamento Jurídico

Uno de los caracteres trascendentales del principio de legalidad es el de crear seguridad jurídica, más aún si le entiende como un

valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. En palabras de José Urquiza Olaechea, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito. (Urquiza, 2000)

La seguridad jurídica constituye una garantía para la sociedad, en la medida que la existencia de la ley, le permite conocer los marcos de permisión y punición. El principio de legalidad muestra sus efectos más severos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley, y sobre los ciudadanos, buscando que conozcan, en todo momento, cuáles son las consecuencias jurídicas de su conducta y la manera cómo van a ser aplicadas. (Villavicencio, 2006)

2.4. ESTADO LEGAL Y CONSTITUCIONAL

El profesor italiano Luigi Ferrajoli distingue dos aspectos con la expresión “Estado de Derecho”, de una parte, sostiene que, en sentido formal, es todo aquel en que el poder público es asignado por ley y ejercido a través de un procedimiento previamente establecido por la norma legal. Por otro lado, en sentido fuerte o sustancial, “Estado de Derecho” es aquel en el que el poder está sujeto a la ley, no solo en la forma, sino además en su contenido. Es así que, son Estados de Derecho aquellos en los que todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) están sujetos a determinados

principios derivados de las normas constitucionales. (Ferrajoli. 2009)

En ese sentido el profesor Luigi Ferrajoli sostiene que estos dos significados corresponden a dos modelos diferentes: 1) el modelo *paleo-iuspositivista*, que se origina con la creación del Estado moderno (legal); y, 2) el modelo *neo-iuspositivista* que corresponde al Estado Constitucional, producto de la difuminación – en la Europa post guerra – de dos aspectos: Constituciones rígidas y el control de constitucionalidad. El profesor italiano, sostiene que, estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto de cada una de ellas de un cambio de paradigmas en tres niveles: a) en relación a la naturaleza y la estructura del Derecho, b) en la naturaleza de la ciencia jurídica; y, c) en relación a la jurisdicción. En tal virtud, siguiendo al profesor italiano, se identifica tres paradigmas – el Derecho premoderno, el estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. (Ferrajoli. 2009)

2.4.1. Estado Legal

Sobre el particular, Josep Aguiló sostiene que el modelo adecuado para explicar la estructura del Estado Legal es el modelo de las reglas. La regla es una norma que correlaciona la descripción de una conducta con una consecuencia legal. El perfecto regulativo es el de la tipicidad, donde existen normas abstractas y cerradas cuya aplicación no requiere cualquier modo de debate práctico. Una norma abierta resulta ser una falla en la regulación y su existencia en el ordenamiento se puede deber a una defectuosa técnica legislativa, o bien de una delegación de poder de carácter normativo

hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Al momento de aplicar una norma abierta implica cierta discrecionalidad que se traduce en un desvío del fin regulador de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias legales de las conductas. (Aguiló. 2008)

Dentro de un sistema jurídico, existen relaciones lógicas deductivas entre reglas. Dos reglas son sólidas cuando es viable acatarlas de manera paralela. Los problemas referentes a esta clase de normas son de corte lógico y presumen el obstáculo de cumplimiento paralelo de dichas reglas. Las colisiones a este nivel se solucionan excluyendo una de las dos normas – regla. Los parámetros para la solución de dichos problemas (antinomias) son los de: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. (Aguiló, 2008)

En lo concerniente a la correspondencia entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos, en el Estado Legal, las normas sobre de derechos en relación a un ciudadano o una clase de ciudadano son alterables a enunciados de deberes de otro u otros ciudadanos. Señalar que un sujeto ostenta un derecho puede plasmarse a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, como se expuso, correlativos. (Aguiló, 2008)

2.4.2. Características

A. Aplicación del razonamiento subsuntivo

Consecuentemente, dentro de las normas – regla, el modelo de razonamiento jurídico es uno de corte subsuntivo. La fundamentación por subsunción es evidenciar que el conflicto a

resolver ajusta (es subsumible) en el evento genérico definido (regulado) por la norma – regla. El razonamiento subsuntivo de casos precisos en casos generales, eventualmente, ocasionaría desajustes entre unos y otros. En caso de verificar el desajuste a partir del caso, nos encontraremos ante una dificultad de calificación; y de examinarlo desde el punto de vista de la regla, el desajuste es una dificultad de interpretación. En ese sentido, los desajustes entre casos determinados y casos genéricos expuestos por las normas – reglas son de corte semántico. (Aguiló. 2008)

B. Creación de Derecho por parte de los Operadores Jurídicos

En el Estado Legal “crear normas” y “aplicar normas” son operaciones conceptualmente opuestas. La creación de normas está reservada para la moral o la política, esto es, extrajurídica o parajurídica. El Poder Legislativo crea el Derecho y el Poder Judicial aplica el Derecho. Cuando los operadores jurídicos (jueces o fiscales) enfrenten un caso que no se encuentra normado, entonces actúan como creadores de Derecho. (Aguiló. 2008)

C. Validez de las normas

En el Estado Legal el Derecho es “creado” y la presencia de normas se subordina a eventos eventuales de creación. Por ese motivo, el Derecho alcanza a tener cualquier contenido, el Derecho no se identifica por su contenido sino por su forma.

Identificar las normas jurídicas es una actividad formal, lo que establece su juridicidad de las normas es su origen. A criterio del profesor Aguiló, el Derecho se basa en fuentes y es consecuencia de una racionalidad formal. Quien dicta la norma, la forma de la acción de dictar la norma y la coincidencia lógica de la nueva norma con las normas rectoras forman la estructura conceptual con el que se erigen los juicios de validez. (Aguiló. 2008)

D. Discrecionalidad judicial

En relación a los denominados “casos fáciles” y “casos difíciles”, la clasificación que resulta más atendible respecto a casos relevantes es aquella que diferencia entre “casos regulados” (resueltos por el sistema de las reglas) y “casos no regulados”. Es claro, que la interpretación es necesaria para determinar si un caso se subsume o no en una norma – regla. Lo importante que resalta el autor, es que, en el escenario del modelo de reglas, una norma – regla es o no aplicable al caso concreto. Es decir, si existe una regla aplicable, el caso está regulado y resuelto; si no hay regla por ende la conducta no está regulada y el caso no está resuelto. Evidentemente, existen mecanismos para colmar las lagunas, pero todas ingresan en la esfera de la discrecionalidad del operador jurídico (Juez o Fiscal). De otro lado, con relación al ámbito discrecional, es entendida como libertad del operador jurídico para optar por cualquiera de las alternativas. Se advierte entonces que la discrecionalidad está

ligada más a la creación legislativa que a la aplicación de reglas. Este aspecto responde a que entre las reglas de un sistema jurídico sólo hay relaciones de tipo lógico. (Aguiló. 2008)

E. Lenguaje del Derecho

Es un lenguaje prescriptivo, por ende, no tienen valor de verdad, contrariamente, la ciencia jurídica – a criterio del autor – se constituye en un metalenguaje descriptivo del lenguaje jurídico, de las normas. Por ese motivo, el Derecho, es una construcción descriptiva y sus enunciados tienen valor de verdad, en ese sentido, para esta teoría el Derecho puede ser observado por los sujetos y, por ende, pueden describirlo. (Aguiló. 2008)

F. Estática y dinámica jurídica

En el Estado Legal, el Derecho se expresa en normas y en actos o procedimientos. Este postulado responde a la diferenciación entre estática jurídica, donde el Derecho es un entramado de normas; y dinámica jurídica, donde las normas varían debido al resultado de actos y/o procedimientos jurídicos, lo cual no abre paso a tratar al Derecho como un objeto con independencia de los sujetos. Es decir que, es viable conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar apreciación alguna. (Aguiló. 2008)

G. Estudiar derecho es estudiar normas jurídicas

Desde la perspectiva de las reglas, conocer el Derecho es conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho es

reduce a garantizar la transmisión de conocimientos normativos. Bajo esta óptica, estudiar Derecho es simplemente aprehender reglas que denotan un aprendizaje memorístico. Estos planteamientos, se han aplicado para la selección y nombramiento de jueces, fiscales, etc. (Aguiló. 2008).

2.4.3. Filosofía del Estado Constitucional

El modelo de Estado Constitucional no recibe ese nombre únicamente por contar con una Constitución vigente, sino es denominado así porque es aquel Estado en el que la Constitución – no considerado en sentido formal, ya que puede no haber un texto Constitucional – contiene los siguientes elementos: a) un principio dinámico del sistema jurídico – político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales; b) determinados derechos fundamentales que limiten o condicionen la producción, la aplicación y la interpretación del Derecho; y, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Es así que el poder del legislador es limitado y tiene que justificarse en forma más exhaustiva, en ese sentido, no basta – como en el Estado Legal – que concurra tanto el órgano competente y se verifique el procedimiento preestablecido para su expedición, sino que se requiere un control mayor en cuanto al contenido. En tal virtud, en el Estado Constitucional se necesita una tarea justificativa mayor y consiguientemente la utilidad práctica de la argumentación jurídica, por tal motivo, se sostiene que el avance del Estado Constitucional supone un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de

motivación de las dediciones. (Atienza. 2012)

Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos, los principios proporcionan sentido a las normas – regla, permiten verlas en dos niveles: como instrumentos para la protección de bienes jurídicos y como expresión de un balance entre principios. Como se señaló anteriormente, al momento de aplicar normas abiertas se evidencia un cierto grado de discrecionalidad por parte del aplicador.

En el Estado Constitucional, entre normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deductibilidad. Además, se recurre también a la coherencia axiológica, algunas normas son coherentes entre sí, desde el punto de vista valorativo, cuando evidencian unidad de propósitos, siempre dentro de una razón práctica; y son incoherentes, cuando dicha unidad no se presenta. Tal como se ha indicado, la consistencia, que es un tema de todo o nada, en tanto que, la coherencia es un asunto de grado.

Lo más relevante de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede acontecer que el espacio justificado de estudio descrito por la propia regla. En ese sentido, las reglas pueden resultar sobre o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre principios a diferencia de lo que ocurren con las reglas, no se resuelven por expulsión del ordenamiento, sino mediante un razonamiento de tipo ponderativo. (Aguiló. 2008)

Bajo la perspectiva del Estado Constitucional, en el Derecho hay

reglas y, por ende, hay subsunción, pero también hay principios, que en su aplicación exigen un razonamiento distinto, la ponderación, que es diferente al razonamiento subsuntivo, por cuanto concluye en una regla aplicable al caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones, lo fundamental – a criterio del autor – es que la ponderación resultaría una operación más sencilla que la subsunción. Las reglas dejan de ser entendidas como manifestaciones del legislador, sino como producto de la ponderación realizada por la autoridad que emite las leyes. (Aguiló. 2008)

2.5. ÁMBITOS DE DECISIÓN FISCAL Y LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DEL SISTEMA HETEROCOMPOSITIVO EN MATERIA PENAL

La imposición del modelo acusatorio en el sistema procesal penal peruano implicó realizar cambios con relación a las funciones y procedimientos de tramitación de la carga laboral, organización de despacho y consiguientemente un cambio de concepción en todas las entidades del sistema de justicia, pero básicamente en el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Determinar claramente una etapa de investigación bajo la dirección del Ministerio Público, en el cual, el Juez deja su labor investigativa propia del sistema inquisitivo. La Policía Nacional tiene a su cargo la realización de las diligencias preliminares, por ende, las diligencias a llevarse a cabo

durante la investigación formalizada no serán repetidas en dicho estadio procesal, excepto si fuera indispensable por un vicio en su actuación o que deba completarse para la incorporación de otros elementos de convicción; en ese entender, el Código Procesal Penal de 2004 ha determinado con exactitud las facultades del Ministerio Público y de la Policía Nacional en la esfera de investigación de hechos ilícitos.

En el actual sistema procesal penal, el papel que desempeña el Ministerio Público es protagónico, es quien dirige la investigación a partir de recibir la noticia criminal; el Ministerio Público tiene el deber de la carga de la prueba, asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

En ese sentido, a nivel de investigación preliminar, el Ministerio Público puede optar por aplicar principio de oportunidad o acuerdo reparatorio (artículo 2° del CPP) y consiguientemente abstenerse de ejercitar la acción penal; está facultado para declarar que no procede formalizar ni continuar investigación preparatoria (artículo 334° del CPP) y de este modo archivar la denuncia; puede formalizar investigación preparatoria (artículo 336° del CPP), y durante la etapa de investigación solicitar medidas limitativas de derechos; asimismo, conforme a sus atribuciones, puede formular acusación directa (artículo 336° inciso 4 del CPP); luego de culminada la actividad de investigación, formula acusación (artículo 349° del CPP) o sobreseimiento (artículo 344° inciso 1 del CPP), o incoar Proceso Inmediato (artículo 447° del CPP), finalmente, se llega a la etapa estelar del proceso: el juzgamiento, en el cual, como veremos más adelante, el Ministerio Público tiene un rol mucho más activo.

Siendo esto así, el nuevo modelo procesal penal le otorga al Ministerio Público una serie de prerrogativas sin precedente en sede nacional, cuya finalidad se orienta a la persecución del delito, en ese entender, los Fiscales penales cuentan con diversas herramientas para ejercer el *ius puniendi* del Estado, tiene un papel esencial dentro del sistema de justicia penal.

Bajo esa premisa, resulta pertinente señalar que para la elaboración de cualquier pronunciamiento, el Fiscal penal está en la obligación de motivar su decisión, ya que, por ejemplo en casos donde se solicitan medidas de coerción personal o real, se afectan derechos fundamentales como la libertad de tránsito o la propiedad, para tal efecto, todo requerimiento debe estar debidamente fundamentado conforme lo señala el inciso 3 artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, concordante con lo prescrito en el artículo 47 numeral 1° de la Ley de la Carrera Fiscal, donde se indica expresamente que constituye falta muy grave emitir resoluciones, disposiciones, providencias, dictámenes o requerimientos sin motivación.

Es así que, conforme se expuso en el presente trabajo, la norma constitucional (inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política) no solo obliga a los jueces a motivar sus decisiones, sino también a los representantes del Ministerio Público, ello para evitar incurrir en arbitrariedades.

CAPÍTULO III

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE MOTIVACIÓN

3.1. LA MOTIVACIÓN

3.1.1. Antecedentes Históricos

En la antigua Roma, no existía la obligación de motivar las decisiones judiciales ya que los magistrados no tenían la obligación de indicar la *ratio decidendi*, pues la actividad juzgadora era una tarea reservada a la nobleza, siendo suficiente el prestigio social de quien asumía la delicada labor de administrar justicia. Gozaini (2004) señala que en el ordenamiento jurídico Romano no se exigía la justificación de las decisiones judiciales debido a que la justicia provenía de ciertos representantes conocedores y aplicadores de la ley.

Durante la Edad Media, el poder, en las diversas esferas de gobierno lo asumía quien se encontraba investido con la más alta soberanía, el Rey, o por delegación de éste los señores feudales, quien no sólo tenía bajo su poder la administración de justicia, sino también todo el complejo de las potestades públicas de gobierno y administración. En esta etapa, al igual que en la Edad Antigua, la motivación de las decisiones judiciales no constituía una obligación de los órganos encargados de administrar justicia y menos un derecho de las partes.

Después de la Revolución Francesa, en 1789, el famoso argumento de la “desconfianza en los jueces” torna en obligación legal el deber

dar razones y fundamentos en las Sentencias; desde entonces, los Estados Constitucionales recogen el deber de la motivación para evitar la arbitrariedad judicial.

La función jurisdiccional se convirtió en una tarea exclusiva de jueces profesionales, y al mismo tiempo adquirió naturaleza democrática, por cuanto se configuró como un poder que, el propio pueblo soberano delegaba para su ejercicio al magistrado, el cual administraba justicia en su nombre. De modo que, de dicha delegación, que la sociedad realiza en el juez, de la facultad de resolver litigios determinando la voluntad general en el caso concreto, deriva uno de los caracteres esenciales de la configuración actual de la potestad jurisdiccional: la responsabilidad por el ejercicio de la jurisdicción. Sin lugar a duda, la responsabilidad de los operadores de justicia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un pilar esencial de una concepción democrática de la jurisdicción, pues el juzgador necesariamente es responsable de su actuación frente al conjunto de la sociedad, ante las partes litigantes, e incluso ante los órganos jurisdiccionales superiores. Al respecto, no hay que olvidar que el instrumento fundamental para articular la exigencia de responsabilidad a jueces y magistrados es la motivación de la sentencia. (Colomer, 2003)

Sin embargo, esta obligación de motivación ha sido constantemente incumplida o rezagada. Por ello, en el siglo XX se planteó la necesidad de hacer efectiva y exigible dicha obligación legal en la labor jurisdiccional y hoy en día una nueva tradición de la cultura

jurídica, que se ha alejado del legalismo o formalismo, fortaleciendo su adhesión a los valores de la democracia constitucional del Derecho, ha concebido una renovada comprensión de la trascendencia y exigencia de la fundamentación o motivación de las decisiones judiciales en la institucionalización de la judicatura, así como un modelo progresivamente exigente para el control, tanto jurisdiccional como administrativo. De esta manera, históricamente, el advenimiento de los Estados Constitucionales crea formalmente la obligatoriedad de la motivación de las sentencias como garantía de un justo proceso.

En nuestro país, la motivación ha sido considerada como un deber del Órgano Jurisdiccional. Así, el artículo 154 de la CPP de 1920 y el artículo 227 de la Constitución de 1933 recogieron tal obligatoriedad, señalando que las sentencias deberán expresar los fundamentos en que se apoyen.

Es la Constitución de 1979 la que en su artículo 233 establece como “Garantía de la Administración de Justicia, la motivación de las resoluciones”, y la Constitución vigente, promulgada en 1993 la considera como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, precisando además la dimensión que alcanza, al señalar que la motivación comprende tanto la cita la ley y de los fundamentos fácticos. La necesidad de tales precisiones obedeció, en su momento, al hecho que, las resoluciones judiciales si bien invocaban las normas aplicables al caso concreto, no tenían una adecuada motivación de los hechos.

Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución fiscal o jurisdiccional, se ratifica la condición de garantía para el ciudadano, aunado también a la garantía del “debido proceso” (Gozaini, 2004).

Este principio doctrinariamente sigue siendo debatido y considerado por unos como garantía semejante al derecho de defensa, por otros como derecho fundamental a la Tutela jurídica o Tutela judicial efectiva y por otro sector como Institución Instrumental.

Recurriendo a la historia, vemos que el debido proceso surgió con el otorgamiento de la garantía denominada *due process of law* por parte del Rey Juan Sin Tierra a los nobles de Inglaterra, ello materializado en la cláusula 39 de la Carta magna de 1215 que señalaba que ningún hombre podrá ser detenido, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en función del juicio de sus pares, según la ley del país; de modo que inicialmente el debido proceso garantiza la prohibición de detención sin previo juicio. Otro antecedente histórico lo encontramos en la Constitución de Norteamericana, donde es introducido a través de la 5ª Enmienda en 1791, que establece los derechos de toda persona a tener un proceso judicial y en la 14ª Enmienda, como un límite al poder Estatal para resolver casos sin un debido proceso. Entonces se pone en relieve el derecho de tutela jurisdiccional y la razonabilidad como límite de la potestad judicial.

El debido proceso es también conceptualizado como un principio de jerarquía Constitucional, que en su aplicación práctica implica que

todo ciudadano tiene derecho a determinadas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso judicial o administrativo, y según las precisiones jurisprudenciales dadas, por ejemplo, por la Corte Interamericana, el debido proceso comprende, entre otros, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial [Sentencia del TC 30-3-G99, serie C Nro. 52. Caso: Castillo Petruzzi y otros]. El TC peruano ha precisado que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho de obtener de los jueces (y fiscales) una respuesta razonada. [Exp. Nro. 2050-2005-PHC/TC] y es precisamente en esta dimensión, donde abordamos nuestro estudio.

En la dogmática jurídica, existen estudios respecto al tema de la motivación judicial (y fiscal), como las teorías argumentativistas que generalmente han dado prioridad a los temas de interpretación jurídica o argumentación del derecho, soslayando el ámbito de la argumentación de hechos que, sin embargo, ya está concitando interés en los últimos años, aunque en menor dimensión a nivel jurisprudencial.

3.1.2. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

En la teoría de la filosofía de la ciencia se habla de contexto de descubrimiento y de contexto de justificación para ubicar, según su naturaleza, a las diversas disciplinas sociales y científicas. Así, se dice que la Sociología y la Historia se ubican en el contexto de descubrimiento porque estas describen y explican el desarrollo de acontecimientos que no requieren análisis lógico, mientras que las

otras ciencias, que se rigen estrictamente por las reglas del método científico se ubican en el contexto de justificación. Esta distinción se ha trasladado también al ámbito de la argumentación jurídica a propósito de los estudios sobre la motivación de las resoluciones judiciales y quienes abordan el tema, necesariamente parten por señalar la proyección de estos contextos sobre la motivación judicial, por lo que es necesario mencionar lo que algunos autores señalan respecto a estos ámbitos de la filosofía de la ciencia.

De una parte, está el acto orientado a expresar una determinada tesis, sin recurrir a un análisis formal; aquí cabe únicamente exponer cómo se desarrolla un determinado saber científico, ello es tarea de los profesionales sociólogos e historiadores epistemológicos. De otro lado, está el acto que consiste en justificar o dar razones respecto a lo sostenido, ello requiere de un análisis lógico bajo las reglas del método científico. Esta diferencia se puede volcar al ámbito de la argumentación jurídica. En ese sentido, tenemos un procedimiento a través del cual se establecen premisas o conclusiones, y otra consistente en justificar aquellas. (Atienza, 2012)

Esta diferenciación es analizada también por Marina Gascón Abellán, Daniel Gonzales Lagier, entre otros teóricos. Estos autores coinciden en señalar que el *contexto de justificación* va referido al conjunto de procesos racionales en virtud de los cuales queda establecida la validez del saber científico, en contraste al *contexto de descubrimiento*, que se orienta a proporcionar razones que han llevado a un determinado saber científico.

Parece evidente que los jueces, en la motivación de sus sentencias, adoptan la pretensión de estar describiendo el razonamiento empleado. Sin embargo, aunque quieran ajustarse a él, en realidad siempre se tratará de una reconstrucción del mismo, señalando las fases más relevantes, simplificando, omitiendo pasos. O incluso, en el supuesto de que la decisión la haya tomado un órgano colegiado, recurriendo a la ficción de que el *iter* mental de la mayoría ha coincidido. Pero cuando los procesalistas dan definiciones de motivación como la anterior también asumen que es así como hay que motivar. Pues bien ¿tienen razón? o, por el contrario ¿Quiénes están en lo correcto son los que rechazan –a veces, enconadamente- esta tesis como una falacia? Para contestar a esta pregunta, los filósofos del Derecho han recurrido a otra distinción, esta vez traída de la teoría de la ciencia de corte *neopositivista*: de acuerdo con esta distinción, una cosa es el conjunto de operaciones que realizamos para descubrir o formular una hipótesis (contexto de descubrimiento) y otra el conjunto de operaciones que realizamos para validarla, justificarla o mostrarla como correcta (contexto de justificación o validación). (Lagier, 2006)

Juan Reichenbach, en 1938 fue quien por primera vez advirtió la diferencia entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Este planteamiento ha sido objeto de algunas críticas, ya que hay quienes señalan que no debe existir delimitación entre estos dos contextos porque el conocimiento se presenta en ambos de modo que se entrelazan y dependen uno del otro; sin embargo,

quienes desarrollan las teorías argumentativas fijan esta delimitación de manera sutil y sostienen que la motivación de las decisiones judiciales y por lo tanto la teoría de la argumentación se ubica dentro del contexto de justificación porque lo que hay que dar a conocer en la sentencia no es propiamente el conjunto de operaciones mentales que realiza el juez para llegar a la decisión. Es decir, no se trata de explicar el *íter mental* – es decir el razonamiento que hace el juez para llegar a una conclusión – sino de exponer las razones o fundamentos que respalden la decisión asumida, ya que en el *íter mental* no sólo concurren factores lógicos, sino también psicológicos y hasta emotivos y estos elementos psicológicos como las intuiciones serán no sólo de difícil explicación en la sentencia sino que pueden constituir argumentos subjetivos en los que no se debe sustentar la sentencia penal, ya que en ella el juez no podrá señalar que su intuición le conduce a determinar que la persona “x” es culpable, sino que deberá expresar las razones justificativas que muestren sujeción al ordenamiento jurídico. (Lagier, 2006)

En todo este proceso de descubrir mentalmente la decisión a la luz de los elementos de prueba y luego dar a conocer las razones que hacen aceptable la decisión, se recorre ambos contextos (de descubrimiento y de justificación). Por lo tanto, podemos afirmar que no existe una distinción tajante sino una muy sutil diferencia entre ambos contextos, ya que una cosa es establecer una premisa o conclusión, y otra diferente el procedimiento que consiste en justificar aquellas. (Atienza, 2012)

Decir que el encargado de administrar justicia asumió una postura debido a su religión significa enunciar una *razón de tipo explicativa*; decir que el discurso judicial o fiscal se basó en una interpretación del artículo 15 de la Carta Magna representa enunciar una *razón de tipo justificatoria*. El juez, fiscal o la administración pública no tienen que exponer sus fallos, sino justificarlos.

En consecuencia, hay que distinguir que al momento de justificar la sentencia no se debe expresar en ella los motivos o las creencias subjetivas que conduzcan al juez a tomar una determinada decisión o dar a conocer los deseos que éste tenga, sino las razones justificatorias que traducirán la objetividad y consistencia de la decisión.

3.1.3. La Ponderación

La ponderación es una herramienta argumentativa, parte, como presupuesto, de la ausencia de una norma jurídica (una situación de laguna normativa) para resolver el supuesto enjuiciado, o, ante la realidad de la norma, de la incompatibilidad de ésta con los valores y los principios del sistema (lo que se ha denominado una “laguna axiológica”), cuyo procedimiento se da en dos pasos: en el primero – en sentido estricto – se pasa del nivel de los principios al de las reglas, es decir, se crea una nueva regla. En el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver. (Atienza, 2016)

En la primera premisa del razonamiento ponderativo se establece que, en relación con un determinado caso, existen dos principios

aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro. La segunda premisa señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro.

Aquí es donde entra en juego la fórmula de Alexy de la que, por ello, decía que no es la “justificación interna” de la ponderación, sino la justificación externa (si se quiere, el esquema de justificación externa) de su segunda premisa. Naturalmente, éste es también el punto crucial de la argumentación y, por tanto, el punto en el que suelen plantearse discrepancias; pero es importante resaltar que esas diferencias no suelen concernir a cuáles son los factores que deben entrar en la ponderación, sino más bien al peso relativo que se otorga a cada uno de ellos. Otro elemento importante de discrepancia afecta a si el problema debe resolverse o no mediante una ponderación. (Atienza, 2016)

Robert Alexy considera que para determinar cuál de los principios ha de prevalecer en el caso enjuiciado hay que tener en cuenta tres elementos:

- 1) Una “ley de la ponderación”, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

- 2) Una fórmula de “peso” de los principios, puesto que Alexy atribuye un valor numérico en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto de los mismos, según que aquel o éste sea leve,

medio o intenso, y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, se clasifican, según el caso concreto, de seguras, plausible, o no evidentemente falsas.

3) Las que llama “cargas de la argumentación”. Según Alexy, la prioridad de un principio sobre otro depende de tres elementos o variables: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos, y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas. (Alexy, 1997)

Cabe señalar que la ponderación tiene realización procedimental a través del principio de proporcionalidad, el cual revela un examen que considera tres subexámenes: adecuación, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto y ponderación.

El Tribunal Constitucional ha precisado que se debe someter, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador.

Consiste en analizar la relación medio – medio, es decir, un cotejo entre medios, el medio nominado por quien está actuando en el ámbito de un derecho fundamental y los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los pasos previos, debe proseguirse con el

análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. En este extremo, se aplica la ley de la ponderación, por la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” [STC EXP.N. ° 579-2008-PA/TC].

CAPÍTULO IV

TEORÍAS RELEVANTES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

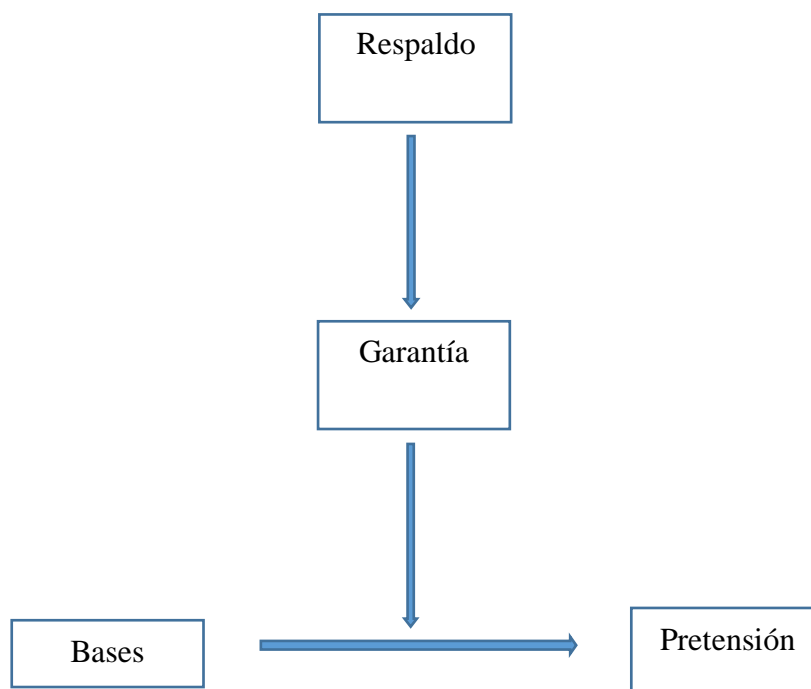
4.1.1. La “Lógica Informal” de Sthephen Toulmin

El profesor matemático Sthephen Toulmin, rechaza la concepción formal de la lógica como medio que permita dar cuenta de los argumentos en cualquier ámbito de la ciencia a excepción de la matemática pura. Sostiene que una decisión bien fundada resiste a la crítica y por ende será susceptible de un fallo favorable. (Atienza, 2012)

El punto de partida, dice Toulmin, es que uno de los modos de comportamiento humano es la práctica de razonar, de proporcionar razones a favor de algo. Al existir una diversidad de uso del lenguaje, resulta viable diferenciar entre *uso instrumental* y *argumentativo*. El uso instrumental se da cuando se consigue directamente el propósito sin dar *razones* anexas; por ejemplo, cuando se da una orden. El segundo uso, tiene como presupuesto que la emisión lingüística fracasa o tiene éxito, según se sustenten en razones. (Atienza, 2012). El matemático señala cuatro elementos que debe contener un argumento: la pretensión (*claim*), las razones o bases (*grounds*), la garantía (*warrant*) y el respaldo (*backing*). Cuando se argumenta, se empieza por el final (conclusión), desde el punto de vista lógico, en ese sentido, alguien sostiene algo, a lo cual denomina: *pretensión*. Sin embargo, si el oponente no está de acuerdo con ello, en tal virtud, el proponente debe proporcionar *razones* concretas, fundamentos de lo que se sostiene, puede ser

una o pueden ser varias, en ese momento, el oponente dirá que está de acuerdo, pero eso no es suficiente para aceptar esa pretensión, por ello que el proponente tiene que dar una razón de otro tipo, más general, una *garantía*, que proporciona fuerza a las bases para sustentar la pretensión, funcionalmente este elemento juega un papel diferente, ahora, es posible dar otro tipo de razón: *respaldo*, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad, el último respaldo sería lo que se denominaba como regla de reconocimiento, las fuentes últimas, los criterios últimos del ordenamiento jurídico. Analizando este esquema podemos apreciar que resulta ser similar al silogismo subsuntivo, pero visto de otra manera, desde un punto de vista más dinámico, que nos permite entender mucho (Lagier, 2004).

Estos elementos pueden representarse de acuerdo con el siguiente esquema:



Trasladando el esquema propuesto por Toulmin a un pronunciamiento fiscal penal, la *pretensión* constituye la decisión final, por ejemplo, en un proceso de homicidio, la *pretensión* será “Solicitar para el autor una pena y reparación civil”. Las *razones* a favor de esta pretensión serán los hechos probados relevantes y suficientes: “se encontró el arma de fuego que disparó a Roberto, en poder de Bruno” “se encontró la sangre de Roberto en la ropa de Bruno” “Bruno fue capturado a dos kilómetros del lugar donde se halló el cuerpo de Roberto, en circunstancias que se daba a la fuga). Además de expresar las *razones* que no vienen a ser sino hechos específicos aplicables al caso, se deberá justificar el paso de las *razones* a la *pretensión* mediante la *garantía* que puede sustentarse en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico o en una ley de la naturaleza. (por ejemplo, la máxima de experiencia: “es frecuente que la persona que cometió un delito pretenda darse a la fuga para evitar su captura”) de manera que *las garantías* permiten el paso de unos enunciados a otros, y en algunos casos será necesario además mostrar la validez de la *garantía* mediante un *respaldo* que puede ser por ejemplo el precepto jurídico o la mención a casos anteriores (jurisprudencia). (Atienza, 2012)

Esta teoría, que, desde luego, sirven para conocer el ámbito donde se mueve el interés por la argumentación y para analizar, de acuerdo con estas perspectivas, la consistencia de los argumentos jurídicos expresados en la sentencia penal que es nuestro objeto de estudio.

Así, será consistente la motivación de una sentencia donde el fallo o *pretensión*, está respaldada por varias *razones* o *hechos probados* (argumentos), los que a su vez están conectados con la *pretensión*, a través de máximas de experiencia, principios jurídicos, leyes de la naturaleza, conocimiento científico u otro tipo de generalizaciones aceptadas; todo ello respaldado con uno o varios dispositivos legales vigentes y válidos dentro del sistema jurídico.

4.1.2. La Teoría del caso especial de Robert Alexy

La teoría de la Argumentación planteada por Alexy es una de las más difundidas en la última década. Designa que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general y propone una teoría de la argumentación más articulada y sistemática; fija su interés en la argumentación normativa.

Para el profesor alemán Robert Alexy se discuten cuestiones prácticas donde se establece una pretensión de corrección, pero dentro de ciertos límites. Siendo ello así, se evidencia que el discurso no tiene una finalidad, una proposición (pretensión en palabras de Toulmin) es racional, sino que puede ampararse de manera racional dentro del ordenamiento. El discurso jurídico se guía por una parte a través de reglas del discurso práctico general y, por otra por las reglas determinadas del discurso jurídico. (Atienza, 2012).

Además, designa dos elementos en la justificación del discurso jurídico: justificación interna y externa. En la interna se trata de verificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas; la externa es la corrección o fundamentación de las premisas. (Alexy, 1997).

La justificación interna se asocia al “silogismo jurídico” donde, de las premisas se sigue lógicamente la conclusión, reiteramos que esta esquematización permite validar “formalmente” la conclusión. El jurista alemán Robert Alexy propone dos reglas para satisfacer la fundamentación interna:

- a. Para fundamentar una decisión jurídica, debe invocarse una norma universal.
- b. La decisión debe inferirse de manera lógica de una norma universal a la par que otras proposiciones.

En cuanto a la **justificación externa**, (Alexy, 1997) se sostiene que la finalidad de la justificación externa es la fundamentación de las premisas de la justificación interna. Estas premisas pueden ser de diferente naturaleza. Así, tenemos: 1) reglas de Derecho positivo, 2) enunciados empíricos y 3) premisas distintas a las anteriores.

Cada una de dichas premisas corresponden con diferentes métodos para realizar una fundamentación. En el caso de la regla, la fundamentación consiste en mostrar su armonía con criterios de validez del Derecho interno. Respecto a las premisas empíricas,

existe una variedad de formas para fundamentarla, por ejemplo, las máximas de la experiencia, hasta los criterios de la carga de la prueba.

Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo puede realizarse teniendo en consideración los seis grupos de reglas propuestas por Robert Alexy:

Reglas de la interpretación:

- a. La interpretación literal de la ley o las que expresen la voluntad del legislador (histórico) se superponen a otros argumentos, salvo que pueda alegarse otras razones de corte racional que proporcionen un nivel intenso de prioridad a otros argumentos.
- b. La utilización del razonamiento ponderativo y sus reglas a fin de evidenciar el peso de los argumentos.
- c. Tomar en cuenta la totalidad de los argumentos posibles para ser incluidos en el razonamiento interpretativo.

Reglas de la argumentación dogmática:

- a. La utilización de un argumento práctico general en caso de que un enunciado de corte dogmático sea puesto en tela de juicio.
- b. Un enunciado dogmático debe superar una demostración sistemática, en sentido estricto y amplio.
- c. De ser posible, el uso de argumentos dogmáticos.

Reglas sobre el uso de precedentes:

- a. La necesidad del uso del precedente a favor o en contra de una tesis.
- b. El que desee no utilizar el precedente, asume el deber de proporcionar razones de ese apartamiento.

Esta teoría de la Argumentación, según la crítica formulada por el español Manuel Atienza resulta insuficiente a partir del objeto, ya que es importante tener en cuenta que la argumentación que se realiza es, en medida, una argumentación sobre hechos, en contraposición a la teoría propuesta por Alexy, donde se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo.

En nuestra opinión, si bien Alexy deja de lado el estudio de la argumentación fáctica, sin embargo las reglas propuestas como reglas básicas, en su discurso práctico general, constituyen lineamientos importantes que se debe observar al momento de justificar la Sentencia, por ejemplo, la regla de la “no contradicción” nos conduce a concluir que un enunciado de hecho no puede ser cierto y falso a la vez, que una persona no puede ser culpable e inocente al mismo tiempo, de otro lado; la regla de que “todo hablante sólo pueda afirmar aquello que él mismo cree”, expresa la necesidad de que el juez esté comprometido con su decisión ya que solo puede justificar aquella decisión en la que él mismo cree. Es de advertir además que la regla que dice: “quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación” ha sido

recogida por el artículo VII del TP del C. P. Constitucional peruano que prescribe que cuando el TC resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos (fácticos y jurídicos) que sustentan la decisión y las razones por las cuales se aparta del precedente, lo que demuestra el importante aporte que hace Alexy en el campo de la motivación.

4.1.3. El Post Positivismo de Manuel Atienza Rodríguez

El profesor Manuel Atienza parte por distinguir entre concepto y concepciones de la Argumentación. Sostiene que en el concepto de la Argumentación se identifica cuatro rasgos particulares:

Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Cuando uno argumenta suele también describir, afirmar, suponer, formular preguntas, si a un conjunto de actos de corte lingüístico lo denominamos “argumento” es debido a que desciframos que su sentido es el de defender una tesis, proporcionando razones para ello. Al mismo tiempo señala que la necesidad del lenguaje para la argumentación no significa que se requiera usar explícitamente el lenguaje. Por ejemplo, en un juicio, la presentación física del arma con la que presuntamente se cometió el homicidio puede entenderse como una forma de argumentar porque, dado cierto contexto, eso equivaldría a haber dicho “el arma con la que se cometió el homicidio debería tener las características A, B, C.; este arma (como puede verse) tiene esas características; por lo tanto (probablemente), esta es el arma con la que se cometió el

homicidio”. Siempre que hablamos de argumentación parece que nos estamos refiriendo a algo que tiene lugar en el lenguaje. Argumentar es una práctica lingüística, es una manera de resolver los conflictos que supone no acudir a la violencia o a cuestiones equivalentes, sino que se efectúa en el lenguaje. La argumentación siempre es dependiente del lenguaje. (Atienza, 2012)

Otro de los elementos que es una cosa muy obvia que muchas veces nos olvidamos, y hacemos mal, es que argumentar supone un problema, es decir que, se argumenta por “algo”, porque se ha suscitado un problema, una cuestión que debe resolverse, esto resulta ser una obviedad, pero en muchas ocasiones la perdemos de vista, y por eso cometemos un tipo de falacia que consiste en olvidarnos de cuál es el problema que estamos tratando y procurando resolver argumentativamente. (Atienza, 2012)

En la argumentación inevitablemente hay dos perspectivas, es ambiguo, porque a veces, la argumentación es un resultado y otra una actividad, están muy entrelazadas, por ello debemos de ser conscientes de esa dualidad, si uno ve la sentencia de un Juez o el pronunciamiento de un Fiscal, el texto, es el resultado de una argumentación, en ese sentido, al leer el discurso se advierte que no todo es argumentativo porque es la motivación de una determinada tesis, hay muchos trozos del lenguaje que consiste en describir, o plantearse un problema, etc., vista como un resultado, es decir, que la argumentación es un conjunto de enunciados del lenguaje,

algunos de los cuales funcionan como premisas (normativas, fácticas, valorativas, etc.) y la conclusión. Esta es la manera como los lógicos entienden a la argumentación, por ello la denominación de lógica deductiva.

Pero la argumentación tiene también otra dimensión, que es la actividad, no nos fijamos en lo que resultó, sino lo que pasó, por ejemplo: se nombró un ponente, se citó para un determinado día, se hizo una propuesta, se debatió; aquí vemos algo muy distinto, lo que vemos son fases, porque es un proceso. Se puede señalar que los lógicos no se ocupan de la actividad, la lógica no nos dice cómo argumentar ni describe cómo las personas argumentan, precisamente porque lo que le interesa únicamente es el resultado, lo que nos ofrece la lógica son esquemas que nos permiten saber si se corresponden, de ser así, es un silogismo válido. Según donde se ponga el énfasis, entenderemos mejor la argumentación, entonces podemos tener diversas concepciones. (Atienza, 2012)

El último de los elementos es la idea de que la argumentación es una práctica racional, porque hay criterios de corrección argumentativos, pero que estos criterios no son iguales en los requeridos en la lógica, matemática, política, abogado, juez o fiscal. (Atienza, 2012)

4.2. ARGUMENTO Y ARGUMENTACIÓN

Según la definición que de argumentación que nos proporciona la Real Academia Española (2019), observaremos que la misma alude a la acción

de argumentar, es decir, a la tarea consistente en dar argumentos, lo que se traduce a dar razones para evidenciar algo. El filósofo español Manuel Atienza, señala que argumentar es una acción del lenguaje que se debe realizar en ciertas situaciones, dentro de un diálogo, cuando se detecta una duda o se entra en debate respecto de un enunciado, y admitimos que el inconveniente debe resolverse haciendo uso de la lengua. (Atienza. 2009)

Argumentar o razonar es una acción que consiste en proporcionar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, tal actividad, puede ser complicada y conformarse de un número importante de argumentos parciales, los cuales están conectados de diversas maneras. Al analizar, por ejemplo, un pronunciamiento fiscal podremos distinguir entre argumentación en su conjunto, cada uno de los argumentos que se compone y los conjuntos parciales de argumentos, también denominados líneas argumentativas orientados a defender una decisión. (Atienza. 2009)

Argumentación, es aquello que transcurre desde que se plantea un problema, un problema argumentativo, hasta que encontramos la solución, en todo ese conjunto de actos de lenguaje, no todo son actos argumentativos (narraciones, preguntas), pero los argumentos siempre deben estar presentes obligatoriamente, es importante, diferenciar, la argumentación, el argumento y las líneas argumentativas, esto último es el conjunto de argumentos que van en la misma dirección. (Atienza. 2012)

4.3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

Este aspecto se construirá bajo la premisa de que el Derecho se constituye en una técnica para la solución de conflictos o problemas prácticos, se trata

en esencia de una visión distinta del Derecho, una visión dinámica, pragmática y en cierta medida instrumental del Derecho, pero no contempla al Derecho como una herramienta que pueda ser utilizada para cualquier finalidad, sino como instrumento de la razón práctica. (Atienza. 2012)

Es decir, que resulta ser una visión de aquel que no se limita a contemplar la edificación desde fuera, ni a participar en la construcción como un técnico que opera con una racionalidad de tipo instrumental, sino como alguien comprometido con la labor de optimizar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no con falta de sentido, lo que refuerza el sentido del Derecho es que es un medio potente para lograr objetivos sociales y valiosos, y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada. (Atienza. 2012)

Lo anteriormente señalado se concatena con la idea de Estado de Derecho, que no es otra cosa que el sometimiento del poder a la razón y no al revés, ello supone que las decisiones de los órganos del Estado deben estar motivadas racionalmente, lo cual es válidamente posible con la aplicación de ciertos criterios que proporcionen objetividad a esa praxis y ello se logrará aplicando los enfoques o concepciones de la argumentación jurídica. (Atienza. 2012)

4.4. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El enfoque argumentativo del Derecho tiene ciertos presupuestos filosóficos y una parte más técnica de desarrollo, es decir, la argumentación jurídica vista desde un enfoque teórico y práctico, es así que, en primer lugar se debe tratar de elaborar un concepto de argumentación, que indudablemente es un concepto básico en el derecho pero que hasta hace

muy poco no fue abordado, la explicación, es que las concepciones del Derecho (positivista o realista) no pusieron el foco en el papel argumentativo del Derecho, en ese sentido, no hay una teoría argumentativa del Derecho o un desarrollo de conceptos de argumentación por ejemplo en la tradición positivista, lo cual es un defecto, sin embargo, hasta un determinado momento no era tan grave tal como funcionaba el derecho hace siglos atrás. (Atienza, 2012)

Se considera que claramente se pueden distinguir tres concepciones de la argumentación a las que podemos llamar: formal, material y pragmática de la argumentación y cada una de ellas consiste en interpretar de manera distinta cada uno de los elementos del concepto de argumentación y de esta manera alcanzar cierta unidad en la diversidad y la idea de fondo a la que vamos a llegar es que para argumentar en el Derecho se necesita manejar todas esas concepciones de la argumentación, por eso su estudio formaría la parte general, lo que tiene que saber un jurista para luego responder aquellas tres preguntas que nuclea a la parte especial: cómo entender una argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar. (Atienza, 2012)

A. La concepción formal. Que es la concepción de la lógica, la lógica jurídica entonces es un aspecto de la argumentación, es un componente, es una condición necesaria, aunque diríamos, no suficiente. La lógica entiende el lenguaje en términos que podemos llamar abstractos, otra cosa que podría parecer curiosa es que los lógicos no se ocupan de argumentos, sino de esquemas de

argumentos, por eso se habla de lógica formal, porque se vacía el significado y el contexto, la lógica no toma en cuenta los aspectos materiales y contextuales, al lógico no le importa si las premisas son verdaderas o no, por eso que es importante darse cuenta de la definición de argumento lógico, que suele ser la lógica deductiva, la definición que se da es en términos condicionales, esto es, tenemos un argumento formalmente válido cuando si las premisas son verdaderas, necesariamente lo es la conclusión, este aspecto evidencia que al lógico no le importa la verdad material, lo que hace son abstracciones, este es el aspecto sintáctico del lenguaje. (Atienza, 2012). Por ello muchas veces a nivel de pronunciamientos judiciales o fiscales se dice que el pronunciamiento es válido desde un punto de vista formal, y quizá lo puede ser, pero puede que carezca de fundamentación de premisas. Como se ha señalado anteriormente, la lógica solo se ocupa del resultado, por eso es que ésta resulta insuficiente para el Derecho.

B. En la concepción material, cuando se examina teoría general de la argumentación elaboradas por filósofos no dirigidas a los juristas, normalmente aparece este tipo de concepción, esta concepción es peculiar de cada una de las disciplinas argumentativas, los elementos materiales van a ser distintos según tratemos de la argumentación jurídica, científica, etc. (Atienza, 2012)

El derecho no es una empresa simplemente lógica, ésta marca ciertos límites para el jurista, pero el jurista no es un lógico meramente, se utiliza la lógica, pero adicional a ella debe echar mano de otras

herramientas argumentativas. Aquí nos encontramos ante el aspecto semántico del lenguaje porque es el lenguaje interpretado, ya no podemos hacer abstracción, porque el Juez o Fiscal que motiva una decisión se compromete a que, de alguna manera, si son normas, deban ser válidas, bien interpretadas, y las premisas fácticas, serán enunciados de hecho que estén sustentadas de acuerdo con el sistema probatorio.

Esta concepción le da particular importancia a la actividad, los criterios lógicos funcionan también, pero no nos podemos conformar con estos, para ello se crean criterios como las teorías de la validez, de los enunciados jurídicos, de las fuentes del derecho, de la prueba, de la interpretación, esa es la manera como se inserta ciertas partes de las teorías jurídicas en el contexto argumentativo.

C. La concepción Pragmática. La importancia de dar un punto de vista de la argumentación dentro del contexto de la pragmática, entendemos que obedece al hecho de que no se puede dejar de lado el estudio de la argumentación en la dinámica lingüística como capacidad de interactuar con otros y desde luego, la dinámica de la oralidad en los procesos acusatorios modernos donde la defensa en juicio será básicamente oral, de manera que debe tomar fuerza el interés por la argumentación pragmática. (Atienza, 2012)

Este enfoque fundamental para nuestro trabajo, será desarrollado con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO V

DIMENSIONES DE RACIONALIDAD

5.1. NUEVAS DIMENSIONES DE RACIONALIDAD

5.1.1. Concepción Pragmática de la Argumentación Jurídica

En la dimensión pragmática las premisas y las conclusiones no son ni enunciados sin interpretar ni enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados aceptados. La argumentación en un diálogo sólo puede proseguir en la medida en que se produce esa aceptación. Y otro tanto puede decirse de la argumentación retórica: las premisas, los puntos de partida, dependen de que sean aceptables para el auditorio. (Atienza, 2012)

Quiere decir que cuando un estudia el lenguaje desde el punto de vista de las relaciones entre el lenguaje y el usuario, los efectos de la argumentación, dentro de este enfoque pragmático, que quiere decir ver a la argumentación propiamente como una actividad, para ello el esquema de Toulmin es un buen ejemplo, ya que hay un proponente que tiene una tesis y otro encargado de oponerse, entonces van pasando sucesivamente por fases: pretensión, razones concretas, garantía y el respaldo, esta es una concepción, por ejemplo, pragmática, la cual enlaza con lo que tradicionalmente se llamó la dialéctica, en el sentido de la discusión, no en el sentido de la dialéctica marxista o hegeliana; a veces tiene la dialéctica tiene otros nombres como por ejemplo la tópica (los lugares comunes, de dónde arrancar la discusión), por ejemplo en el libro de Aristóteles donde se

muestra cómo se debe argumentar en una discusión. (Atienza, 2012)

Si yo estoy discutiendo con alguien, el primer problema que se me plantea es, si yo soy el oponente o antagonista, es ver en qué estamos de acuerdo y a partir de ahí guiar hacia otro argumento y puedes llevarlo hasta una contradicción, por eso lo de la tónica encaja dentro del esquema dialéctico.

Otro elemento del enfoque pragmático es la retórica y su esquema es algo distinto a la dialéctica, para esta última nos sirve muy bien el esquema de Toulmin – que sigue la tradición medieval de dos partes que discuten – en el contexto de la retórica, para ello acudiremos al jurista belga Chaim Perelman, quien indica que en la argumentación tenemos un orador que construye un discurso dirigido a un auditorio a quien trata de persuadir, la diferencia con la dialéctica es que, en ésta última los dos que participan de la discusión juegan un rol activo mientras que en la retórica el protagonista es el orador y el auditorio juega un papel pasivo, pero no absolutamente porque asume ciertas reacciones que deberá tomar en cuenta el orador. (Atienza, 2012)

La diferencia entre la dialéctica y la retórica muchas veces no es nítida, porque imaginemos, en el contexto de un juicio entre el Abogado y el Fiscal acontece la dialéctica pero al mismo tiempo, sobre todo si este discurso tiene lugar frente a un jurado, la mayor preocupación de cada uno de los intervinientes es más bien retórica, es decir, al mismo tiempo que está debatiendo con el otro, se está dando cuenta de que lo que importa más es persuadir al jurado o al Juez, ahí hallamos a estos dos elementos.

Ahora bien, es importante realizar una diferenciación entre ambas instituciones, porque los criterios de corrección no son exactamente los mismos. Al filósofo Zenon se le preguntó: cuál es la diferencia entre la retórica y la dialéctica?, entonces, él se limitó a responder con gestos, para representar la dialéctica puso el puño cerrado y para la retórica la mano abierta; esto nos ayuda a entender, porque la dialéctica es discusión, es como agarrar al otro para que no escape, es por ello que la dialéctica ha estado más asociada a la filosofía a la discusión filosófica, en tanto que en la retórica es más fácil lograr escapar el oponente, la retórica es más apegada a la literatura. (Atienza, 2012)

Este enfoque que abarca tanto a la dialéctica como la retórica, que a veces se entrecruzan, pero que en unas veces vale la pena mantenerlas distantes y otras más próximas, ve a la argumentación como algo distinto, ya no es el lenguaje formal, sino es justamente una interacción. El problema que se plantea en la retórica será el conseguir persuadir, en el de la dialéctica será conseguir cierto consenso o llevar al oponente al absurdo, mostrar que su posición es contradictoria.

Los criterios de corrección son distintos, en el caso de la retórica, si es la técnica de persuadir, los criterios serían que consigas persuadir, aquí resulta importante distinguir dos aspectos: persuadir y convencer, la diferencia técnica la introdujo Perelman, y lo hizo porque ante la posibilidad de que se pueda lograr que la gente

accepte tus tesis con malas artes, por ejemplo, engañando. (Atienza, 2012)

Persuadir es una cuestión de hecho, convencer es una cuestión normativa, la idea de convencimiento es que el discurso tendría que haber sido exitoso, tendría que haber logrado que el auditorio acepte la tesis, porque normativa y fácticamente el discurso está bien construido, en ese sentido el discurso sería convincente.

El problema de fondo es el riesgo que tiene la retórica que puedas lograr el éxito de malas maneras, entonces para eso Perelman trata de construir un criterio de objetivo corrección que no sea puramente el “hecho” (el hecho de que la gente acepta las tesis) entonces inventa lo que se llama el auditorio universal, que está formado por todos los seres de razón, entonces el discurso es impecable y debería convencer a todos los que estén en esa situación de racionalidad, aunque no se tenga éxito.

5.1.2. La utilización de la retórica y la dialéctica en el discurso jurídico

En diversas disciplinas como en el Derecho, luego de la concurrencia del giro lingüístico, concurrió el giro pragmático, es decir, de las tres dimensiones del lenguaje, la sintáctica, la semántica y la pragmática, la atención se coloca en la actualidad en la última, en la relación entre el lenguaje y los usuarios, en ese sentido, en el ámbito de la argumentación los partícipes asumen un papel dinámico, protagónico para lograr un fin: persuadir. (Atienza. 2013)

Aristóteles, autor de obras en las que la argumentación se estudia desde el punto de vista de la dialéctica y de la retórica, asimismo, en las universidades medievales, no sólo se estudiaba lógica sino también dialéctica y retórica. En tal sentido, en el origen del estudio pragmático de la argumentación se encuentra el Derecho y la democracia: la práctica, en la Grecia clásica, de la toma de resoluciones tras un debate libre y ordenado en el que los contendientes o los ciudadanos habían tenido la oportunidad de ser oídos y de expresar sus argumentos. De hecho, el primer tratado de retórica, el *Corax*, parece haber tenido un origen judicial. (Atienza. 2013)

En el debate dialéctico, los participantes tienen un rol activo; mientras que en la retórica sólo una de las partes (el orador) juega un papel activo, el papel del destinatario, el del auditorio, es meramente pasivo, ello nos deriva a ciertas diferencias: en la retórica priman los discursos largos, mientras que las intervenciones de cada parte en un diálogo tienden a ser cortas, el discurso retórico es unidireccional, mientras que el dialéctico avanza en espiral o como una línea quebrada; la dialéctica está más vinculada a la filosofía (al descubrimiento de la «verdad»), mientras que la retórica se inclina más a la literatura, a la psicología o a la política (a otro tipo de valores); las reglas que rigen la dialéctica son esencialmente normas de comportamiento (cuyo cumplimiento puede confiarse a un juez o a un árbitro), mientras que las de la retórica tienen, esencialmente, un carácter técnico (más que cumplirse o

incumplirse, se pueden usar o no con éxito); la contradicción (la negación) juega un papel central en la dialéctica, mientras que en la retórica, esa función la cumple más bien la idea de persuasión. (Atienza. 2013)

Sin embargo, ambas perspectivas tienen muchos elementos en común: por ejemplo, ambas ponen el acento en la argumentación vista como una actividad social y orientada a lograr ciertos efectos en los participantes. Por eso, aunque antes se dijo que la teoría de la argumentación de Perelman representaba esencialmente una concepción de tipo retórico y la de Toulmin una de carácter dialéctico, esas afirmaciones tienen que ser matizadas: en el esquema de Perelman hay también lugar para el debate dialéctico, para el diálogo (el discurso ante un solo destinatario); y Van Eemeren y Grootendorst consideran (yo creo que con cierta exageración) que el esquema de Toulmin es una expansión retórica del silogismo llamado «*epiquerema*» (un razonamiento compacto en el que las premisas van acompañadas de sus pruebas) en el que se privilegia el papel del proponente, en tanto que el oponente estaría en una actitud básicamente pasiva (Van Eemeren y Grootendorst 1984). En realidad, puesto que la distinción entre retórica y dialéctica parece basarse en elementos graduables, cabría hablar de discursos, de argumentaciones, más o menos dialécticas y más o menos retóricas. Así, en un extremo podríamos situar el diálogo platónico (la dialéctica sin retórica) y en el otro, el llamado género epidíctico o demostrativo (el discurso a propósito de cuestiones

sobre las que hay acuerdo, de manera que el auditorio no tiene que pronunciarse a favor o en contra), en el que cabría decir que sólo hay retórica. El discurso jurídico (o los distintos tipos de discursos jurídicos) ocuparían en la escala una posición intermedia. (Atienza. 2013)

D. La Retórica

La concepción dialéctica considera la argumentación como una actividad, como una actividad social, de ello, dimana la consecuencia de que las partes de que consta la argumentación no son enunciados, sino momentos o fases en cuyo transcurso los participantes llevan a cabo diversos actos de lenguaje. A lo largo del proceso cabe, naturalmente, identificar argumentos, pero los argumentos son, medios para lograr el fin de esa actividad. La argumentación así entendida está regida por reglas de procedimiento que se diferencian de las reglas de inferencia formales o de las reglas metodológicas características, estas últimas, de la concepción material. Las mismas se aplican, por otro lado, a las diversas fases que pueden distinguirse en el proceso argumentativo; cabría hablar, por ejemplo, de una fase de confrontación en la que surge una discrepancia que genera el diálogo; una fase de apertura en la que las partes deciden embarcarse en una discusión de uno u otro tipo; una fase de argumentación, en la que se presentan y evalúan los argumentos y contraargumentos de cada parte; y una fase de conclusión o cierre, cuando se ha alcanzado la finalidad del diálogo, o bien los

participantes deciden, por la razón que sea, poner fin al mismo. Es muy importante darse cuenta de que existen muy diversos tipos de diálogos, cada uno de ellos regido por reglas distintas y dirigido a obtener fines que son también diversos entre sí. Alexy (1989), inspirándose fundamentalmente en Habermas, clasifica las reglas del discurso práctico racional en reglas fundamentales, reglas de razón, reglas sobre la carga de la argumentación, formas de los argumentos, reglas de fundamentación y reglas de transición; las más importantes son las de los dos primeros grupos, que recogen la prohibición de contradecirse, la obligación de sinceridad, de universalidad y de univocidad en el uso de los términos (reglas fundamentales), así como la obligación de dar razones cuando se es requerido para ello, y el derecho a participar en el discurso en términos de igualdad y de libertad. (Atienza. 2013)

Esas reglas, conforme lo plantea Alexy, rigen también en el discurso jurídico, que es un caso especial del discurso práctico racional, y en el que, además, se aplican otras reglas concernientes a la justificación interna y a la justificación externa. Pues bien, aunque haya razones más o menos obvias para privilegiar el diálogo racional, parece también claro que hay contextos argumentativos de la vida social y jurídica en los que esas reglas no se cumplen, y no tendría sentido tampoco exigir que se cumplieran: los abogados que no siguen del todo el principio de sinceridad o los legisladores que se muestran

«parciales» en un debate parlamentario no parecen estar incumpliendo ninguna regla del debate forense o de la argumentación política; no estaría justificado criticarles por proceder así. En mi opinión, es posible conciliar una postura realista (que reconoce que hay formas racionales de argumentación dialéctica —jurídica— que no coinciden con la del «discurso racional») con la atribución de cierta prioridad al discurso crítico racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar la existencia de los otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto. (Atienza. 2013)

E. La Dialéctica

En la concepción retórica, tal como se ha señalado anteriormente, la argumentación se concibe como la actividad que lleva a cabo el orador, dirigida a la producción de un discurso (oral o escrito) con el objetivo último de persuadir a un auditorio. Aristóteles distinguió tres grandes géneros o tipos de retórica: el deliberativo, el judicial y el epidíctico. El género deliberativo se dirige a aconsejar o disuadir sobre la conveniencia de realizar una acción en el futuro. Lo propio del judicial es la acusación y la defensa, y se refiere a hechos pasados. Y en el género epidíctico se trata de alabar o de censurar, su tiempo es el presente, y el discurso se dirige a espectadores que propiamente no tienen que juzgar (juzgan, si se quiere, sobre la capacidad del orador). Aunque Aristóteles dio una

cierta prioridad al género deliberativo (que, esencialmente, viene a ser el de la retórica política), la tradición posterior (Cicerón y Quintiliano son los otros dos grandes nombres en la historia de la retórica) se centró sobre todo en la retórica judicial. (Atienza. 2013)

En ese sentido, se distinguieron cinco fases u operaciones de la actividad retórica que se corresponden con otras tantas habilidades técnicas que debían enseñarse en los cursos de retórica: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*. El objetivo de la *inventio* era el de fijar el estado de causa y encontrar los argumentos que van a ser usados para probar o refutar. La teoría de los estados de causa es un precedente de la tipología que hoy suele hacerse de casos difíciles en el Derecho. Quintiliano (la suya no es la clasificación más detallada) hace una distinción en dos géneros, el racional y el legal, que se corresponden, aproximadamente, con lo que hoy entendemos por cuestiones de hecho y de Derecho. En el primero — el género racional — se distingue entre el estado de causa conjetural (si sucedió o no tal hecho; si Ticio mató a Cayo), definicional (si el hecho — la acción — fue o no un homicidio) y cualitativo o justificativo (si el homicidio estuvo o no justificado). El género legal se refiere a cuestiones basadas en un texto legal: cómo interpretarlo cuando hay incertezas respecto a la intención del autor, cuando hay alguna contradicción o ambigüedad; qué debe deducirse de un texto. Y los argumentos (tanto los de naturaleza lógica como los basados

en el ethos del orador o en el pathos del auditorio) son tomados de los lugares comunes, de los tópicos. La *dispositio* consistía en la organización de un discurso (oral o escrito) en partes. Las divisiones básicas eran: el exordio o introducción; la *narratio* o exposición de los hechos de la causa; la *divisio*, en donde cabe distinguir la *partitio* (en qué se está de acuerdo con el adversario y en qué se discrepa) y la *distributio* (los puntos que se van a tratar); la *argumentatio* donde se distinguía la presentación de las pruebas favorables y la refutación de las contrarias; y la *peroratio* o conclusión. La *elocutio* consistía en la presentación del discurso de manera atractiva para lograr la persuasión; se incluían cuestiones concernientes a la corrección lingüística, la claridad de expresión, el embellecimiento del texto y la elegancia. Las dos últimas operaciones no son constituyentes del discurso, sino que tienen lugar una vez que se ha producido el discurso: la memoria incluía el estudio de técnicas mnemotécnicas; en la *actio* se incluía el estudio de las reglas para el control de la voz y del cuerpo. Las reglas que rigen todas esas operaciones tienen, al menos en principio, un carácter puramente técnico: son los medios, los instrumentos, que pueden usarse para lograr la persuasión. Y surge, con ello, el problema básico de la retórica, el de su legitimidad, puesto que ese conocimiento podría usarse para persuadir de lo falso y de lo injusto. Esto último es lo que llevó a Platón (en el *Gorgias*; en otras de sus obras — posteriores— modificó, o por lo menos matizó, esa posición) a

rechazar la retórica, mientras que su reivindicación por parte de Aristóteles pasa por vincular esta disciplina a la filosofía y a la ética. Más en concreto, Aristóteles pensaba que la retórica era necesaria, porque había asuntos simplemente opinables y en relación con los cuales no era posible una argumentación puramente científica, apodíctica. Y posible, porque lo verdadero y lo bueno tiene, en principio, más fuerza que sus contrarios; el fundamento de la retórica presupone, en efecto, cierto optimismo en el género humano, la esperanza fundada en que, si se presentan adecuadamente, las argumentaciones basadas en la verdad y en la justicia son más persuasivas que sus contrarias. (Atienza. 2013)

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DOCUMENTAL Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

6.1. Análisis documental de Pronunciamientos emitidos por el Ministerio Público (sustentación escrita y oral)

Caso 01: Carpeta Fiscal 1706044502-2018-659-0 seguido contra Marina Vega Salazar y José Vargas Prado por el delito de Falsedad Ideológica, en agravio del Estado- COFOPRI e Isaias Bardales Boñón.

Análisis formal. - Desde un punto de vista de la concepción formal, el discurso está correcto debido a que las conclusiones siguen a las premisas. Veamos.

Premisa mayor: Artículo 428º del Código Penal: *“El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”*

Premisa menor: No se acreditó que los investigados hayan insertado datos falsos en el documento y que lo hayan utilizado para obtener un provecho ilícito.

Conclusión: La conducta es atípica y se debe proceder al archivo de la denuncia.

Con lo anterior queda demostrada la validez de la conclusión, por lo menos en términos lógicos, pues se puede advertir claramente que la conclusión deriva de las premisas construidas por el órgano de decisión.

Análisis material. - En el análisis de la concepción material de la argumentación se presentan 4 problemas; dos en la premisa normativa (Relevancia y Problemas de Interpretación); y dos en la premisa fáctica (Problemas de Prueba; Problemas de calificación de hechos).

Problemas en la premisa normativa:

Examen de relevancia. - Se advierte que la Disposición Fiscal materia de análisis utiliza como premisa normativa el Artículo 428º del Código Penal, que, a criterio del suscrito, guarda relación con los hechos denunciados ya que se investiga un presunto acto de insertar datos falsos en documento público y su posterior uso.

Examen de interpretación. - El Fiscal analiza el tipo penal de Falsedad Ideológica de manera adecuada y se respalda en doctrina y jurisprudencia relevante.

Problemas en la premisa fáctica:

Problemas de Prueba: Para determinar si el suceso ocurrió en la realidad se basó en las declaraciones de los imputados e informes remitidos por la entidad agraviada, con lo cual se evidenció que los imputados no realizaron la conducta descrita en el tipo penal.

Problemas de calificación de hechos: Consideramos que la calificación efectuada por el Ministerio Público es la adecuada ya que conforme se advierten de los hechos, los denunciados habrían insertado datos falsos en documentos públicos que posteriormente habrían sido usados perjudicando a la administración pública y a particulares.

Análisis pragmático. - Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, el aspecto pragmático de la argumentación jurídica, se ocupa de

analizar cómo argumentamos, especialmente para advertir la persuasión y efectividad de nuestros argumentos. En ese sentido, al analizar la Disposición Fiscal en comento, si bien se proporcionaron razones y se justificó la decisión, no se desarrolló un argumento que evidencie que la decisión asumida fuera la mejor, no se explica al justiciable en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la tesis asumida en la Disposición de archivo.

Caso 02: Carpeta Fiscal 1706044502-2018-2140-0 seguido contra Juan José Quispe Cerquín, Teresa De Jesús Quispe Cerquín, Luz Judith Gutiérrez Correa, Luis Ramírez Quispe, Teresa Insil Llovera, como presuntos autores de la comisión del delito de Entorpecimiento al Funcionamiento de Servicios Públicos, en agravio del Estado - Ministerio de Transportes Y Telecomunicaciones. Y contra la Empresa *Lexius* Torres Perú SAC., representada legalmente por su Gerente General Carlos Alberto Flores Ganoza, por el de Desobediencia a La Autoridad, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Cajamarca, representado por su Procurador Público.

Análisis formal.- Como se ha precisado anteriormente, la concepción formal se ocupa de la estructura de los argumentos de una decisión, apoyándose principalmente en la lógica deductiva, y en otras que sirven para dar cuenta mejor del fenómeno del razonamiento jurídico; sin atender al contenido o contexto en que se emitieron. Veamos.

Premisa mayor: Al ser dos sucesos históricos materia de denuncia se utilizaron dos premisas:

Artículo 283º primer párrafo del Código Penal: *“El que, sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.*

Artículo 368º primer párrafo del Código Penal: *“El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.”*

Premisa menor: Se ha demostrado que los denunciados Juan José Quispe Cerquín, Teresa De Jesús Quispe Cerquín, Luz Judith Gutiérrez Correa, Luis Ramírez Quispe, Teresa Insil Llovera habrían entorpecido una vía que es de uso privado. Asimismo, mediante Informe NRO. 103-2018-DAVA-SAU-SGLE-GDUyT-MPC la Municipalidad Provincial de Cajamarca ordenó la paralización de la instalación de una antena por parte de la Empresa *Lexius Torres Perú SAC.*, hasta el 21.06.18, sin embargo, dicha empresa retomó los trabajos de instalación en fecha 22.06.18.

Conclusión: La conducta es atípica y se debe proceder al archivo de la denuncia.

Siendo ello así, desde un punto de vista de la concepción formal, el

discurso está correcto en vista de que las conclusiones siguen a las premisas.

Análisis material.-

Problemas en la premisa normativa:

Examen de relevancia.- Se advierte que la Disposición Fiscal materia de análisis utiliza como premisa normativa los Artículos 283º y 368º del Código Penal, que, a nuestro criterio, guarda relación con los hechos denunciados ya que se investiga un presunto acto de entorpecimiento de servicios públicos y una presunta desobediencia a la autoridad municipal.

Examen de interpretación.- El Fiscal analiza los tipos penales de Entorpecimiento a los Servicios Públicos y Desobediencia a la Autoridad, sin embargo, no precisa la fuente bibliográfica o jurisprudencial a la cual acudió para analizar dichos ilícitos penales. Hecho que nos permite determinar que no existe una adecuada fundamentación de la premisa normativa.

Problemas en la premisa fáctica:

Problemas de Prueba: Para determinar si el suceso ocurrió en la realidad se basó en las declaraciones testimoniales de los moradores del lugar que indicaron que la vía de acceso es privada, por cuanto, han cedido parte de su terreno para la construcción de dicha vía pero no han donado a la Municipalidad para que sea considerada como vía pública, con lo cual se evidenció que la conducta es atípica al no ser una vía de carácter pública. De igual manera, se meritó el Informe NRO. 103-2018-DAVA-SAU-SGLE-GDUyT-MPC, en el cual la Municipalidad Provincial de Cajamarca paralizó la obra de instalación de antena hasta el 21.06.18, en tanto que, la

empresa denunciada retomó los trabajos de instalación en fecha 22.06.18, fecha en la cual ya no se encontraba vigente la orden de paralización y no se contaba con un mandato que impida la realización de la obra.

Problemas de calificación de hechos: Consideramos que la calificación efectuada por el Ministerio Público es la adecuada ya que conforme se advierten de los hechos, los denunciados habrían entorpecido el normal funcionamiento de la vía de acceso al Caserío Bella Unión, asimismo, la empresa denunciada habría desobedecido la orden de la Municipalidad de Cajamarca respecto a la imposibilidad de instalar una antena en dicho sector.

Análisis pragmático.- En ese sentido, al analizar la Disposición Fiscal, si bien se proporcionaron razones y se justificó la decisión, no se desarrolló un argumento que evidencie que la decisión asumida fuera la mejor, tampoco se explicó al justiciable en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la tesis asumida por el Fiscal a cargo de la investigación, más aún si el análisis del delito de Desobediencia a la Autoridad resulta escueto y no encuentra respaldo doctrinario o jurisprudencial.

Caso 03: Carpeta Fiscal 1706044502-2018-2117-0 seguido contra Martín Ernesto Zambrano Chilón, por la presunta comisión del delito de Ingreso indebido de celulares a centros de reclusión en agravio del ESTADO).

Análisis formal.-

Premisa mayor: Artículo 368-A del Código Penal: *“El que indebidamente*

ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código”.

Premisa menor: El investigado intentó ingresar dos equipos celulares al Establecimiento Penitenciario de Cajamarca (Un equipo celular Marca LG, modelo LG-X230F, color plata, pantalla táctil con cámara frontal y posterior, S/N, 705HUKB173957, IMEI 35388608-173957-0, con batería LG-45F1F y chip marca claro 4G LTE Serie NRO.8951101630110217419F-16, con protector de celular color negro. Un equipo celular marca Samsung, modelo S8-SM-6950F, pantalla táctil con cámara frontal y posterior, color plata, con batería incorporada, IMEI NRO.359037/08/842575/05, S/N RF8555208P6GV, un chip marca Bitel 4G LTE NRO.8951150002516193178, con protector de celular transparente)

Conclusión: No existe evidencia del delito investigado y se procede al archivo de la denuncia.

Desde el punto de vista lógico la conclusión no sigue a las premisas, ya

que el supuesto de hecho contenido en el artículo 368-A del Código Penal reprime la conducta de intentar ingresar equipos celulares, la premisa menor señala que el denunciado quiso ingresar dos equipos celulares al Establecimiento Penitenciario siendo intervenido por personal de INPE, sin embargo, la conclusión señala que no existen indicios y/o evidencias de la comisión del delito investigado, ni mucho menos puede ser atribuible al investigado, conducta delictuosa alguna. En ese sentido, el silogismo realizado por el Ministerio Público no es válido.

Análisis material.- En el análisis de la concepción material de la argumentación se presentan 4 problemas; dos en la premisa normativa (Relevancia y Problemas de Interpretación); y dos en la premisa fáctica (Problemas de Prueba; Problemas de calificación de hechos).

Problemas en la premisa normativa:

Examen de relevancia.- Se advierte que la Disposición Fiscal materia de análisis utiliza como premisa normativa el Artículo 368-A del Código Penal, que, a criterio del suscrito, guarda relación con los hechos denunciados ya que se investiga un presunto acto de ingreso de objetos no permitidos al Establecimiento Penitenciario de Cajamarca.

Examen de interpretación.- El Fiscal analiza el tipo penal de Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión de manera adecuada, sin embargo, no realiza citas bibliográficas o jurisprudenciales para sustentar su discurso.

Problemas en la premisa fáctica:

Problemas de Prueba.- Para determinar si el suceso ocurrió en la realidad se basó en el Informe emitido por INPE y en la declaración del imputado, con lo cual se evidenció que el imputado intentó ingresar dos equipos celulares al EP Cajamarca.

Problemas de calificación de hechos.- Consideramos que la calificación efectuada por el Ministerio Público es la adecuada ya que conforme se advierten de los hechos, el denunciado habría intentado hacer ingresar objetos prohibidos al interior de un centro de reclusión.

En ese sentido, se advierte que el representante del Ministerio Público no fundamentó adecuadamente la premisa relativa a la prueba ya que a pesar de los elementos de convicción que dan cuenta de la conducta ilícita del denunciado, procede al archivo de la investigación tomando en cuenta solo la declaración del investigado, lo cual, a criterio nuestro resulta inadecuado.

Análisis pragmático.- En ese sentido, al analizar la Disposición Fiscal de archivo se advierte una fundamentación mínima en relación al hecho investigado, dotándole de fuerza probatoria vinculante única a la declaración del imputado, dejando de lado el informe del Instituto Nacional Penitenciario, no proporcionó razones objetivas que determinen que su tesis fue la mejor frente a otras posibles, no explicó en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la posición de la Disposición de archivo.

Caso 04: Carpeta Fiscal 1706034502-2019-988-0 seguido contra Ronal Castañeda Valeriano, por el presunto delito de Extorsión, en agravio de Yessica Elizabeth García Rivera.

Análisis formal.-

Premisa mayor: Artículo 200º del Código Penal: *“El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años. (...)”*.

Premisa menor: No se acreditó que el investigado haya ejercido violencia o amenaza contra la víctima para obtener un provecho económico, tampoco se ha demostrado la entrega de alguna ventaja económica a favor del investigado.

Conclusión: No ha sido factible reunir elementos de convicción suficientes que acrediten la comisión del hecho delictivo y se debe proceder al archivo de la denuncia.

Con lo anterior queda evidenciada la validez de la conclusión, por lo menos en términos lógicos, pues se puede advertir claramente que la conclusión deriva (inferencia) de las premisas construidas por el órgano de decisión.

Análisis material.- En el análisis de la concepción material de la argumentación se presentan 4 problemas; dos en la premisa normativa (Relevancia y Problemas de Interpretación); y dos en la premisa fáctica (Problemas de Prueba; Problemas de calificación de hechos).

Problemas en la premisa normativa:

Examen de relevancia.- Se advierte que la Disposición Fiscal materia de análisis utiliza como premisa normativa el Artículo 200º del Código Penal, que, a criterio nuestro, no guarda relación con los hechos denunciados ya que el hecho consiste en que el imputado se apropió de un bien mueble que se encontraba perdido, no se debió a actos extorsivos (violencia o amenaza) encaminados a obtener una ventaja económica o de otra índole. Por lo cual, la premisa normativa debió encuadrarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 192º del Código Penal (Apropiación irregular)

Examen de interpretación.- El Fiscal analiza un tipo penal errado, sin respaldar su discurso en jurisprudencia o doctrina.

Problemas en la premisa fáctica:

Problemas de Prueba.- Para determinar si el suceso ocurrió en la realidad se basó únicamente en las declaraciones de las partes, con lo cual se evidenció que el imputado no ejerció violencia o amenaza contra la víctima para obtener algún provecho y tampoco hubo desprendimiento patrimonial.

Problemas de calificación de hechos.- Consideramos que la calificación efectuada por el Ministerio Público no fue adecuada debido a que el hecho consiste en que el imputado se apropió de un bien mueble que se encontraba perdido, el hecho denunciado no contenía actos extorsivos (violencia o amenaza) encaminados a obtener una ventaja económica o de otra índole. Por lo cual, la premisa normativa debió encuadrarse en el

supuesto de hecho contenido en el artículo 192º del Código Penal (Apropiación irregular)

Siendo ello así, se advierte que no existe una adecuada fundamentación de la premisa normativa y fáctica, al no haber calificado adecuadamente los hechos materia de denuncia y respaldarse únicamente en la declaración de las partes y no utilizar los demás elementos de convicción que contiene la carpeta fiscal.

Análisis pragmático.- El Fiscal partió de una premisa mayor errada, por lo cual la conclusión también corre la misma suerte, pese a dicho error, no se desarrollaron razones que evidencien que la decisión asumida fuera la mejor, no se explica al justiciable en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la tesis asumida en la Disposición de archivo.

Caso 05: Carpeta Fiscal 1706044502-2018-2178-0 seguido contra Oswaldo Paul Ballena Ballena por la presunta comisión del delito de Daños Simples, en agravio de la Empresa De Transportes N&V S.A.C.

Análisis formal.-

Premisa mayor: Artículo 205º del Código Penal: *“El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa”.*

Premisa menor: El imputado ocasionó el hecho de manera imprudente; asimismo, no se acreditó la valorización de los presuntos daños

ocasionados.

Conclusión: La conducta es atípica al no concurrir el elemento subjetivo “dolo” y se debe proceder al archivo de la denuncia.

Con lo anterior queda evidenciada la validez de la conclusión, por lo menos en términos lógicos, pues se puede advertir claramente que la conclusión deriva (inferencia) de las premisas construidas por el órgano de decisión.

Análisis material.- En el análisis de la concepción material de la argumentación se presentan 4 problemas; dos en la premisa normativa (Relevancia y Problemas de Interpretación); y dos en la premisa fáctica (Problemas de Prueba; Problemas de calificación de hechos).

Problemas en la premisa normativa:

Examen de relevancia.- Se advierte que la Disposición Fiscal materia de análisis utiliza como premisa normativa el Artículo 205º del Código Penal, que, a criterio del suscrito, guarda relación con los hechos denunciados ya que se investiga un accidente de tránsito donde el vehículo del investigado colisionó con la unidad de propiedad de la agraviada.

Examen de interpretación.- El Fiscal analiza el tipo penal de Daños de manera adecuada apoyándose en doctrina.

Problemas en la premisa fáctica:

Problemas de Prueba.- Para determinar si el suceso ocurrió en la realidad se basó en las declaraciones de los imputados y documentos remitidos por la autoridad policial, con lo cual se evidenció que el imputado actuó de

manera negligente y no existe valorización de los daños ocasionados.

Problemas de calificación de hechos.- Consideramos que la calificación efectuada por el Ministerio Público es la adecuada ya que conforme se advierten de los hechos, el denunciado habría ocasionado daños en la propiedad de la parte agraviada.

Análisis pragmático.- En ese sentido, al analizar la Disposición Fiscal en comento, si bien se proporcionaron razones y se justificó la decisión, no se desarrolló un argumento que evidencie que la decisión asumida fuera la mejor, no se explica al justiciable en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la tesis asumida en la Disposición de archivo.

Caso 06: Requerimiento Oral de Prisión Preventiva

Carpeta Fiscal 1706034502-2019-358-0 que contiene la investigación seguida contra Santos Julca Marquina, por el delito de Usurpación Agravada, en agravio de José Eduard Rodríguez Cerna.

En el caso propuesto atribuyó al imputado haber ingresado, mediante violencia y amenaza, a la propiedad del agraviado, despojándolo de la posesión que ejercía sobre el predio, hecho que fue calificado como delito de Usurpación Agravada prevista en el artículo 202º del Código Penal concordante con los incisos 2,3 y 6 del mismo cuerpo legal.

Por tal motivo, el Ministerio Público solicitó la medida coercitiva de Prisión Preventiva, durante el desarrollo de la audiencia respectiva, se expuso detalladamente los tres presupuestos contenidos en el artículo 268º del

Código Procesal Penal: a) la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y; c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Como se aprecia en el soporte (CD) anexado al presente trabajo, el representante del Ministerio Público sustentó los tres requisitos señalados anteriormente, elaborando un esquema lógico en el cual expuso al Juez de Investigación Preparatoria que, al concurrir copulativamente los tres presupuestos de la prisión preventiva, la medida debía ser declarada fundada.

Sin embargo, como se advierte en el minuto 13:36 del audio anexado, el representante del Ministerio Público esboza un sustento respecto a la proporcionalidad de la medida solicitada, es decir, analizó el principio de proporcionalidad, y sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; empero, la fundamentación oral realizada por el Fiscal no resultó adecuada, la intervención fue bastante escueta y reducida, no le brindó al Juez razones válidas que respalden la proporcionalidad de la medida coercitiva, no enfatizó la necesidad de imponer la prisión preventiva, no utilizó el lenguaje persuasivo respaldado en los elementos de convicción que sustentan el requerimiento escrito, no

hizo uso de la herramienta retórica del lenguaje para convencer al Juez que la postura del Ministerio Público es razonable; de tal manera que se evidencia que en el discurso Fiscal existe ausencia del tercer enfoque de la argumentación jurídica referido a lograr el convencimiento del auditorio (Juez) a través de la dialéctica y retórica.

A efecto de determinar la concurrencia de los enfoques de la argumentación jurídica en los pronunciamientos que emite el Ministerio Público, se esboza el siguiente cuadro comparativo:

Concurrencia de las concepciones de la argumentación jurídica en pronunciamientos fiscales			
Nro. de caso	Enfoque formal	Enfoque material	Enfoque pragmático
2018-659	En este caso se evidenció que el discurso es válido desde el punto de vista formal	Se advirtió que las premisas se encuentran debidamente fundamentadas	Si bien se proporcionaron razones y se justificaron las decisiones, no se desarrollaron argumentos que evidencien que la decisión asumida fuera la mejor, tampoco se explicó al justiciable en términos sencillos la postura del Ministerio Público frente al caso, no existe un discurso persuasivo a fin de que las partes asuman la tesis asumida por el Fiscal a cargo de la investigación,
2018-2140	Desde un punto de vista de la concepción formal, el discurso está correcto en vista de que las conclusiones siguen a las premisas	Las premisas fueron fundamentadas y son válidas	
2018-2117	Su conclusión se infiere, de manera necesaria, de las premisas invocadas en el razonamiento.	No se fundamentó adecuadamente la premisa relativa a la prueba ya que a pesar de los elementos de convicción que dan cuenta de la conducta ilícita del denunciado	
2019-988	La conclusión deriva (inferencia) de las premisas construidas por el órgano de decisión	No existe una adecuada fundamentación de la premisa normativa y fáctica, al no haber calificado adecuadamente los hechos materia de denuncia	
2018-2178	El término lógico el discurso es correcto ya que su conclusión se infiere, de manera necesaria, de las premisas invocadas en el razonamiento.	Se realizó una adecuada fundamentación y validación de las premisas	
2018-357	El discurso fiscal estuvo correcto desde el punto de vista de la lógica formal	La fundamentación y validación de las premisas fueron realizadas adecuadamente	

6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

6.2.1. Prevalencia del valor de justicia del Estado Constitucional frente al Principio de Legalidad.

En este extremo se analizará el valor de justicia como pilar fundamental del Estado Constitucional, aunado a ello, se describirá el Principio de Legalidad propio del Estado Legal de Derecho, para seguidamente exponer razones acerca de la prevalencia del valor de justicia del nuevo paradigma constitucional por encima del Principio de Legalidad que, bajo el *iuspositivismo*, en muchas ocasiones se constituye en una herramienta formalista que no coadyuva a consolidar el nuevo modelo de Estado Constitucional.

De esta manera evidenciamos que dicho Principio se ve limitado para las nuevas formas de conflictos sociales que se presentan en la realidad, sobre todo a nivel de las investigaciones fiscales en materia penal.

El paso del Estado Legal al Estado Constitucional ha traído consigo una doble exigencia para los operadores jurídicos, en particular a los jueces y fiscales, en ese sentido, ya no solo cumplen la función de solucionar los conflictos de intereses y hacer uso del razonamiento interpretativo subsuntivo propio del Estado Legal.

En ese contexto, resulta insostenible señalar la existencia exclusiva de normas – regla (un supuesto de hecho y una consecuencia), sino que se abre paso una nueva categoría: las normas – principio, bajo este escenario y teniendo en cuenta que el trasfondo de un precepto

constitucional – considerado como principio – tiene una base moral, no se debe reducir el razonamiento a la aplicación literal de la norma (regla, principio o directriz), sino que se requiere un nivel de análisis diferente, que el modelo de Estado Legal no nos proporciona.

En tal virtud el razonamiento judicial o fiscal debe verse reforzado a través de una herramienta indispensable: la argumentación jurídica, pero vista desde una perspectiva dinámica, desde la perspectiva del Estado Constitucional, no estática como nos sugiere el Estado Legal.

La insuficiencia del silogismo jurídico, como esquema útil para el razonamiento jurídico y para la motivación de las decisiones judiciales, había sido ya advertida a partir del año 1950, con el surgimiento de teorías que cuestionan la “suficiencia” del planteamiento formalista, ya que no nos ofrece criterios para la elección de las premisas. Posteriormente, al evolucionar, el paradigma positivista normativista, se sostuvo que la lógica no se aplica al Derecho, se abre paso a una creación discrecional, es decir que el Juez crea Derecho (Kelsen, 1998), el profesor García Amado ha denominado discrecionalidad judicial inevitable (García; 2016) ello nos podía conducir a una forzosa práctica arbitraria, sin embargo, para restringir tal arbitrariedad, la corriente positivista normativista nos sugiere que el discurso debe estar motivado, es decir, que el operador jurídico nos proporcione argumentos que nos convenza de que cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él. (García; 2016)

Nótese que el profesor español García Amado, defensor del *iuspositivismo* normativista contemporáneo y crítico de la argumentación jurídica, cita dos aspectos importantes: argumentos y convencimiento – *base de la teoría de la argumentación jurídica* – el profesor García Amado sostiene que el juez debe proporcionar razones suficientes que hagan del discurso uno aceptable capaz de convencer al auditorio, tesis compatible con la propuesta post positivista del profesor Manuel Atienza, sin embargo, el crítico positivista y en general el paradigma *iuspositivista* no nos proporciona una herramienta capaz de restringir ese margen de discrecionalidad judicial o fiscal, o brindarnos un método interpretativo para que nuestro discurso sea suficientemente motivado.

En ese sentido, consideramos que, al reducir la decisión judicial o fiscal a un silogismo jurídico, propio del Estado Legal, o recurrir a la discrecionalidad judicial, muchas veces la solución a la cual se arriba no es del todo aceptable, en términos de justicia; este supuesto ha sido denominado en doctrina como laguna axiológica, en el que existe una norma (regla) aplicable al caso concreto, pero, por alguna razón, resulta inadecuada. (Atienza y García, 2016)

Ahora bien, no debemos dejar de lado los importantes aportes que nos proporcionó el paradigma positivista, es así que uno de ellos es el Principio de Legalidad, se constituye en un pilar importante dentro de un sistema jurídico, la tesis de la supremacía de la ley frente al Estado o al particular; sin embargo, el Estado de Derecho mutó en

un Estado Legislativo fundado en la ley, por ello, durante el siglo XIX este principio se ubicó en lo más alto del sistema jurídico, sujetando y sometiendo a la Constitución en un texto alegórico, considerada únicamente como una carta de corte política antes que jurídica. (Landa; 1999)

Desde esta óptica positivista una norma jurídica encuentra su validez en dos aspectos: 1) la autoridad competente para emitirla y 2) Procedimiento establecidos para su creación (Escudero, 2004), en palabras de Ferrajoli un modelo de Estado Legal, en sentido formal, es todo aquel en que el poder público es asignado por ley y ejercido a través de un procedimiento previamente establecido por la norma legal, por otro lado, en sentido fuerte o sustancial, “Estado de Derecho” es aquel en el que el poder está sujeto a la ley, no solo en la forma, sino además en su contenido. Es así que, son Estados de Derecho aquellos en los que todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) están sujetos a determinados principios derivados de las normas constitucionales, a este tipo de modelo el profesor italiano lo denomina *neo-iuspositivista* que correspondería al Estado Constitucional. (Ferrajoli. 2009)

En la actualidad no se puede considerar a la Constitución como una carta política, sino como un concepto jurídico, vinculante a todos los poderes, atribuyéndole un significado posterior distinto al de la autoría original, aplicable de manera directa, interpretarla con la finalidad de optimizar algún precepto constitucional, (Carbonell, 2009) notas características del nuevo modelo de Estado

Constitucional, por ello, si bien el Principio de Legalidad es un componente indispensable dentro de un ordenamiento jurídico, resulta insuficiente para dar cuenta de los requerimientos propios del Estado Constitucional, ya que, es correcto afirmar que el Derecho tiene un componente autoritativo: normas, pero el Derecho no solo son normas, el Derecho es una actividad social, dinámica, por tanto requiere de un método capaz de brindar respaldo eficaz a los Derechos de los ciudadanos, esa herramienta es la argumentación jurídica.

Para el profesor Luigi Ferrajoli, en el Estado Constitucional, los principios bajo los cuales deben sujetarse los poderes deben estar positivizados (Ferrajoli. 2009), aspecto que no compartimos debido a que los principios en muchos casos no están expresamente establecidos y se desprenden de los que se encuentran en la Constitución, a ellos se les ha denominado “principios implícitos” y que en el caso peruano se les hace referencia en el artículo 3 de la Constitución Política, donde se indica que la enumeración de los Derechos establecidos expresamente no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre.

Es así que bajo el nuevo paradigma Constitucional, donde la concepción de Derecho no se reduce a la existencia de reglas sino también de principios (expresos e implícitos) y resaltan el rol de la razón práctica en el Derecho, el razonamiento que debe ofrecer el fiscal no debe sujetarse exclusivamente a la aplicación mecánica y

literal de la ley, contrariamente, debe orientarse a brindar una respuesta motivada a través de herramientas argumentativas como las ofrecidas por el profesor alemán Robert Alexy, por ejemplo haciendo uso del razonamiento ponderativo, que se constituye en un método de control racional de las decisiones judiciales (Alexy, 1993) y para el presente trabajo pronunciamientos fiscales, de tal manera obtener una respuesta correcta: justa y ajustada a Derecho. (Atienza y García, 2016)

Sobre este aspecto, debemos señalar que, si bien la tesis sobre la ponderación alexyana es básicamente apropiado, sin embargo, habría cometido una serie de errores de orden retórico (Atienza y García, 2016) porque las asignaciones numéricas que le otorga Alexy para posteriormente esbozar una fórmula de peso contribuye a la confusión, ello nos conduce a un excesivo afán sistematizador de la ponderación, por tal motivo, acogiendo la tesis del filósofo español lo que se sugiere es hacer un uso más pragmático de la ponderación, o en sus propias palabras, un uso oportunista (Atienza y García, 2016) solo en determinados casos, no hacer de ella una herramienta cotidiana para la solución de conflictos, como lo sugieren otros autores de corrientes como el denominado *neoconstitucionalismo*, donde se exige el uso casi exclusivo de este tipo de razonamiento. (Prieto, 2001)

En ese entender, en la medida de lo posible para evitar la discrecionalidad judicial y materializar en la realidad el valor de justicia propio del Estado Constitucional debemos acudir a este tipo

de razonamiento (ponderativo) y sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, debemos recurrir a los enfoques argumentativos propuestos por el filósofo español Manuel Atienza (formal, material y pragmático) (Atienza, 2011), los dos primeros denominados en doctrina como justificación interna y justificación externa; y el tercero – enfoque pragmático – que ve a la argumentación jurídica como algo dinámico, como lo que realmente es, una práctica social; es decir, que nuestro discurso no solo sea formalmente correcto o que nuestras premisas estén debidamente fundamentadas, sino que convencemos al justiciable que la decisión tomada fue la mejor entre todas las posibles, convencer al ciudadano que nuestros argumentos son los adecuados, habida cuenta que ningún caso resulta ser eminentemente deductivo.

A manera de ejemplo, para resaltar la insuficiencia del razonamiento subsuntivo (deductivo) del Estado Legal, citamos lo señalado por el profesor Ronald Dworkin, quien propuso el caso Riggs vs Palmer, donde evidenció que la aplicación mecánica del Derecho deviene en situaciones injustas. Era el caso de un heredero designado en el testamento de su abuelo que debía heredar en virtud de ese testamento, aunque para hacerlo lo hubiera asesinado. El tribunal señaló que: «las leyes que regulan los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, otorgan la propiedad al asesino». Sin embargo, el tribunal continuó indicando que «todas las leyes pueden ser controladas en su operación y

efecto por máximas generales y fundamentales del Derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen». El asesino no recibió su herencia. (Dworkin, 1989)

Otro caso para ejemplificar este aspecto es el ocurrido en Perú, en la ciudad de Sullana donde el ciudadano Ernesto Giménez solicitó se le permita celebrar su matrimonio civil con Beatriz Montenegro, el mismo que fuera denegado por la Municipalidad Provincial de Sullana por estar incurso dentro de las prohibiciones establecidas en ella artículo 241° inciso 2 del Código Civil.

Haciendo un razonamiento interpretativo subsuntivo, se podría señalar lo siguiente:

Premisa mayor: No pueden contraer matrimonio civil los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole. (Art. 241° inc. 2)

Premisa menor: Beatriz Montenegro padece de la enfermedad de Huntington que es altamente transmisible por herencia.

Conclusión: Beatriz Montenegro se encuentra impedida de contraer matrimonio civil.

Por tal motivo, aplicando la ley (Código Civil) se concluiría que Beatriz Montenegro no podría casarse y su solicitud devendría en infundada.

Sin embargo, consideramos que el razonamiento no debe reducirse a la simple subsunción de los hechos a la norma, porque en el caso de autos se encuentra en discusión un Derecho constitucional de una ciudadana [Derecho al libre desarrollo de la personalidad].

Prima facie se advierte que existe una norma – regla aplicable al caso concreto, sin embargo, la misma resulta inadecuada, supuesto que a decir de Alchourron (1974) ha denominado laguna axiológica¹, por lo cual el razonamiento subsuntivo resulta insuficiente, en tal virtud, debe analizarse si la aplicación del inciso 2 del artículo 241° del Código Civil resulta proporcional para el caso concreto, para lo cual se deberá hacer uso de la ponderación con sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Idoneidad.- En este extremo se analizará si la restricción en el Derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. La finalidad de la norma civil prohibir que las personas que padecen enfermedades puedan procrear hijos con algún tipo de alteración física o mental, es decir persigue asegurar futuras generaciones sin problemas de salud, ello en aplicación del Derecho a la Salud resguardado en el artículo 7 de la constitución Política que señala: “ *Todos tienen Derecho a la protección de su salud (...)*”, para

¹ Laguna axiológica. Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que -según la opinión del intérprete- está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata.

lo cual el Estado determina la política nacional de salud, conforme lo establece el artículo 9 de la Constitución, en tal sentido, la finalidad perseguida a través de la restricción contenida en el inciso 2 del artículo 241° encuentra base y fin constitucional.

Necesidad.- Superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la restricción desde la perspectiva de la necesidad; esto supone verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador.

En ese entender cabe la pregunta: ¿el impedimento contenido en el inciso 2 del artículo 241 del CC era la única alternativa para evitar la procreación de personas con enfermedades crónicas, contagiosas y transmisibles por herencia?

La respuesta inmediata es negativa, pues, con el solo hecho de impedir el matrimonio no se evita la unión sexual, que la pareja puede mantener de todas formas, ni la descendencia. Lo único que trae aparejado el impedimento es colocar al cónyuge o a la pareja al margen de la ley y del Derecho, con lo cual será concubina en vez de esposa y de morir no la heredará y su prole será extramatrimonial y si el enfermo muere antes de que el hijo nazca, deberá no sólo cargar con el estigma de su mal sino también con las correspondientes acciones de filiación.

Existen otras alternativas menos gravosas y más efectivas para evitar la procreación de personas que padecen de enfermedades crónicas, contagiosas y trasmisibles, como son: políticas de

planificación familiar, políticas educativas, entre otras, todo ello sin necesidad de restringir el matrimonio civil de estas personas. Con lo cual se advierte que el impedimento para contraer matrimonio recaído en el inciso 2 del artículo 241° del CC no supera el análisis de necesidad.

Proporcionalidad en sentido estricto.- No resulta necesario entrar al análisis de este tercer subprincipio habida cuenta de que no se superó el test de necesidad, sin embargo, de todas maneras lo realizaré.

En este extremo, rige la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

En el caso de autos se tiene que el grado de afectación al Derecho constitucional de las personas que padecen de enfermedades [Derecho al libre Desarrollo de la Personalidad] ha sido de **intensidad grave** ya que las afecciones que padecen estas personas no tienen cura, ello implica que no podrían contraer nunca el matrimonio con ninguna persona, lo cual elimina o desvanece el Derecho constitucional que tienen los ciudadanos a contraer matrimonio civil.

Por otra parte, tenemos que el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador que en este caso, proteger a futuras generaciones de enfermedades [Principio de perpetuación de

la vida humana], disponiendo para ello el impedimento que personas que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia resulta ser **leve**, en la medida que si bien existe un objetivo, también existen otros medios incluso más satisfactorios para evitar que personas con enfermedades de esta naturaleza procreen, aunado a ello se advierte que, a fin de ejemplificar este aspecto, según el MINSA una de las primeras causas de muerte de *neonatos* son las malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas², llegando al 12% en el año 2012³ asimismo, según informa dicha entidad de cada mil niños nacidos en el Perú 33 murieron antes de cumplir el año de vida. De tal manera que si el objetivo era evitar el nacimiento de niños con alguna enfermedad, dicho propósito no se ha cumplido.

Esto muestra que, con una grave intervención en el ámbito del Derecho a contraer matrimonio por parte de personas con enfermedades, se logra por otro lado un grado de satisfacción leve a favor de la sociedad que busca proteger a futuras generaciones de enfermedades.

El jurista argentino Bidart Campos (1981), con su reconocida autoridad científica, sostenía que hablar del Derecho de contraer matrimonio significa apuntar a la libertad jurídica de emplazar el respectivo estado de familia. Es decir, no se trata de que el Estado reconozca a los hombres la libertad (de hecho) de casarse, sino...

² Fuente: OEASIST/OGE/MINSA

³ Fuente: Dirección General de Epidemiología - MINSA -PERU

que reconozca jurídicamente los efectos del matrimonio, el primero de los cuales es la adquisición del estado civil de casados por parte de los contrayentes con todas las relaciones personales y patrimoniales que de ese estado derivan, para ellos, para sus hijos, y para sus parientes.

En el caso concreto, impedir que Beatriz Montenegro, que padece de enfermedad *huntington*, pueda contraer matrimonio civil, viola el principio de igualdad y atenta contra la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad; Derechos todos que se hallan amparados por normas constitucionales e internacionales.

De lo anterior se desprende que, al no autorizar dicho matrimonio, se estaría cometiendo un acto discriminatorio y violatorio de los Derechos humanos.

Por lo cual, impedir a Beatriz Montenegro a contraer matrimonio civil:

a) Es violatorio al Derecho natural a casarse y constituye un impedimento absoluto y permanente ya que esta enfermedad no tiene cura. Ello implica que no podría contraer nunca el matrimonio con ninguna persona. b) La enfermedad de Huntington no puede ser un impedimento absoluto para contraer matrimonio porque ello va en contra de los Derechos humanos y de las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

En conclusión, se repudia toda clase de discriminación por enfermedades y se recomienda que las políticas y legislaciones sobre el tema deben fundarse en la información, la educación, y la

responsabilidad y deben ser interpretadas teniendo en cuenta que en ningún caso puede a) afectar la dignidad de la persona b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatizasen degradación o humillación.

En definitiva, si la solución buscada es proteger a la descendencia, no se logra con el impedimento de contraer matrimonio, porque las relaciones sexuales existen al margen del casamiento.

La enfermedad de *huntington* no constituye un impedimento matrimonial, y con relación a él la finalidad legislativa carece de eficacia debido a la ausencia de tratamiento médico curativo.

Asimismo, no puede el legislador establecer un impedimento perpetuo por ser violatorio de principios y Derechos constitucionalmente reconocidos y amparados por Convenciones Internacionales. Puede afirmarse sin hesitar que la persona que adolece de la enfermedad de *huntington* tiene Derecho, como el resto de las personas, a contraer matrimonio civil y emplazarse en el estado de familia sin ningún tipo de prohibiciones.

Finalmente, y no por eso menos importante, cabe destacar que incluir al enfermo de *huntington* entre las personas inhabilitadas para celebrar matrimonio civil en miras de evitar la propagación del referido mal fracasa; si se tiene en cuenta que, dado el cambio en las costumbres de la sociedad, prohibir tal acto no lograría impedir que las personas enfermas concreten relaciones sexuales. Es decir,

el objetivo de la ley del artículo 241 incisos 2 y 3 del Código Civil se vería insatisfecho.

Por estas consideraciones la solicitud de los ciudadanos debe ampararse y declarar inaplicable al caso concreto el inciso 2 del artículo 241° del Código Civil por resultar incompatible con la Constitución.

En una investigación penal, en el cual el Ministerio Público – *paradójicamente* – ostenta la calidad de defensor de la legalidad, resulta innegable que debemos acudir a otro nivel de análisis; ello se evidencia – *por ejemplo* – en el caso de los requerimientos de prisión preventiva, en los cuales, según la Casación 626-2013-MOQUEGUA, se exige que se expresen razones de la proporcionalidad de la medida solicitada.

Adviértase que la norma procesal (regla) no prevé este aspecto⁴, ello requiere de un nivel de análisis más exhaustivo donde la regla resulta insuficiente para fundar un requerimiento de esta naturaleza, esta es una muestra de que en este nuevo modelo de Estado se busca alcanzar ciertos fines y valores, dentro de ellos, la justicia. De esta manera el Ministerio Público se desprende del manto de

⁴ Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

defensor de la legalidad para constituirse en defensor de la constitucionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un caso sobre Hábeas Corpus por haberse vulnerado el Debido Proceso al afectarse el Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones; señaló que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede *“excluír en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente”* porque sólo *“le corresponde averiguar si el proceso”* considerado *“en su conjunto fue un proceso justo”*. [EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC LIMA]

Estos ejemplos sirven para demostrar que la aplicación literal de la norma, haciendo uso del método interpretativo subsuntivo, no resulta aceptable, por ello debemos superar este nivel de análisis, haciendo uso de la argumentación jurídica, en particular con la aplicación del razonamiento ponderativo para que la decisión esté debidamente motivada lo cual conlleva a cristalizar el valor superior de justicia propio del Estado Constitucional superando la legalidad del Estado Legal.

Consideramos que, al tener un amplio margen discrecional, el operador jurídico, como el Fiscal, es susceptible de incurrir en arbitrariedad, para ello, debe acudir al modelo propuesto en el

presente trabajo para alcanzar justicia concebida como la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento. (Rawls, 1971)

6.2.2. Concretización del razonamiento reforzado a fin de obtener una respuesta motivada sobre el tema materia de controversia en sede fiscal.

Seguidamente, nos avocaremos a desarrollar el deber motivacional en sede del Ministerio Público, en ese sentido, se expondrán las exigencias de motivación requeridas en el Estado Legal y Constitucional, posteriormente, proporcionaremos argumentos que respalden la aplicación copulativa de las tres concepciones de la argumentación jurídica para reforzar el razonamiento que realizan los Fiscales en materia penal.

En la legislación y jurisprudencia nacional no existen requisitos o exigencias mínimas para controlar el cumplimiento del deber motivacional por parte de los Fiscales (Castillo, 2012), empero, este tipo de operadores no están exentos de motivar sus decisiones, por ello, conforme se ha propuesto en el presente trabajo, la aplicación conjunta de las tres concepciones de la argumentación jurídica contribuirá a que el discurso fiscal sea controlado de manera racional y así se verifique el cumplimiento del deber constitucional de motivar. Veamos.

En el Estado Legal, un ejercicio de motivación se cumpliría a través de la utilización del método interpretativo subsuntivo, empero, en el

nuevo modelo de Estado Constitucional se exige que ese deber se vea reforzado y ello se logra a través del uso de la argumentación jurídica y en específico de sus tres dimensiones propuestas por el profesor español Manuel Atienza: formal, material y pragmática, es decir que el discurso fiscal además de ser formalmente correcto – haber hecho uso de la lógica jurídica – y realizar una fundamentación de las premisas propuestas – motivación de premisas – se ve reforzado a través del enfoque pragmático, que lo que busca es llegar a convencer a los justiciables a través de un argumento racional (Atienza, 2011), esta tercera dimensión busca respaldar al razonamiento realizado por los Fiscales en sus diversos pronunciamientos ya que en el escenario de la Argumentación existe una mínima cantidad de casos en los cuales se aplica un razonamiento eminentemente deductivo, a los cuales se ha denominado en doctrina como casos fáciles (Atienza y García, 2016), en ese sentido, por más que existan pruebas objetivas que puedan determinar una conclusión deductiva, no existiría una sola alternativa de solución para un caso concreto, se presentan un abanico de posibilidades, en tal sentido, en la mayoría de los casos el razonamiento resultaría inductivo, por ello la concepción pragmática se constituye en una herramienta útil para la solución de casos, haciendo uso de este enfoque se logra un consenso, un convencimiento a través de un discurso racional, de tal manera que se transmite al ciudadano que la decisión asumida es la más adecuada frente a otras.

En la escena nacional peruana, el Ministerio Público, en determinados actos procesales realiza actos postulatorios (requerimientos de prisión preventiva, acusación, sobreseimiento, etc), y en otros asume una postura decisoria (disposición de archivo, de convocatoria a principio de oportunidad, acuerdo reparatorio, entre otros), en ambos casos no está exento de motivar sus pronunciamientos, tal obligación, de manera expresa, se encuentra regulada a nivel Constitucional para el ámbito judicial (Art. 139 inc. 5), sin embargo, en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional [Exp. NRO. 03379-2010-AA/TC. FJ NRO. 4. Caso: Velasco Sáenz - Exp. NRO. 01268-2001-HC/TC. FJ NRO. 3. Caso: Cacho De Valdivia], se sostiene que tal garantía constitucional también le es exigido a las decisiones emitidas por el Ministerio Público.

Queda claro que los representantes del Ministerio Público deben motivar sus decisiones porque en muchos casos lo resuelto por estos magistrados afectan derechos fundamentales, empero, ello nos lleva a preguntarnos: ¿cómo debe motivar un Fiscal en materia penal?, ¿Debe seguir las mismas pautas que el Juez?

Para responder a estas interrogantes y para fines pedagógicos, dividiremos el proceso penal en las siguientes etapas: diligencias preliminares, investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento.

Durante la etapa de las diligencias preliminares el Ministerio Público tiene el monopolio de la investigación, puede discrecionalmente optar por archivar la denuncia, aplicar salidas alternativas como el acuerdo reparatorio o principio de oportunidad, todo ello sin necesidad del control jurisdiccional, salvo excepciones señaladas expresamente en el CPP como el control de plazo o tutela de derechos; este hecho nos lleva a reflexionar acerca de la motivación que debe realizar el Fiscal al momento de emitir su pronunciamiento. Al no dar cuenta al Poder Judicial sobre sus actuaciones el Ministerio Público emite disposiciones o requerimientos de manera discrecional pudiendo incurrir en arbitrariedades. Por ello, consideramos que el Fiscal debe ubicarse dentro del contexto de justificación y hacer uso de herramientas argumentativas para fundamentar su decisión, no basta con señalar el aspecto fáctico, la norma y la consecuencia jurídica, más allá de este aspecto formal – fundamental en toda decisión – debemos recordar que las decisiones están dirigidas a personas que, en la mayoría de casos, no tienen conocimiento en materia jurídica, por lo cual se debe buscar la mejor manera de expresar las razones que lo llevaron a asumir una determinada tesis, una manera de hacer ver a la decisión como la más adecuada para el caso concreto, aspecto que perfectamente se puede construir a partir de la dimensión pragmática de la argumentación, que no solo se fija en el aspecto meramente formal de la decisión, sino también en el aspecto dinámico de la comunicación que existe entre el Fiscal y los

ciudadanos que acuden a dicha instancia, logrando de esta forma convencer a las partes que la decisión asumida fue la más correcta entre todas las existentes, claro está que nadie estará de acuerdo con que fallen en su contra, pero existirá, por parte de esta entidad del sistema de justicia, una explicación más adecuada que satisfaga la obligación constitucional de motivación más acorde con el Estado Constitucional que se viene formando en el Perú.

La situación varía ostensiblemente durante la etapa preparatoria, las decisiones que tome el Ministerio Público serán controladas por el Juez de la Investigación Preparatoria, verbigracia, el Fiscal no podrá archivar la denuncia sin antes sustentar oralmente en audiencia pública previo requerimiento escrito, mucho menos transitará a juicio oral un caso sin el control formal y sustancial de su acusación.

Cuando nos encontramos en la etapa de juzgamiento, donde el Principio de Oralidad encuentra su mejor escenario, el Ministerio Público al constituirse en parte procesal, durante los alegatos (apertura y clausura) y el examen a los testigos y peritos debe lograr expresar oralmente los puntos que le servirán para alcanzar una sentencia condenatoria; en ocasiones somos testigos de juicios orales en los que existe suficiencia probatoria favorable a la tesis inculpativa, sin embargo, debido a una falta de herramientas argumentativas, el caso se torna débil y dudoso, llegando, incluso a la absolución del acusado bajo el Principio de *indubio pro reo*.

Durante el Juicio Oral, el Fiscal debe hacer prevalecer sus conocimientos en litigación oral, sobre el particular, Neyra (2010) nos enseña que, “desde el inicio se deberá enviar un mensaje que logre llamar la atención del Juez, el preámbulo debe contener la información esencial empleando enunciados semejantes a titulares de revista o diarios que resuman medularmente el caso”, se nos brinda consejos para lograr que nuestros alegatos sean los más apropiados para llamar la atención del Juez, asimismo, para realizar el examen y contraexamen de testigos y peritos, Fontanet (2002) citado por Neyra (2010, p. 827), señala que cuando se examina al testigo, durante el Juicio, debe proceder como el director de una película, debe dirigirla en base a un guion – la teoría del caso – no puede suplantar al protagonista que es el testigo, este debe expresar el relato, él es la estrella de la película.

Todos estos elementos propuestos por los profesores especialistas en materia procesal penal y litigación oral, engloban lo que en la teoría de la argumentación se denomina enfoque pragmático de la argumentación, la argumentación vista desde un plano dinámico, no estático como la dimensión formal o material, donde lo que se busca es persuadir y convencer al auditorio, que en nuestro modelo procesal penal es el Juez, este es el aporte que se pretende incluir en el discurso de los representantes del Ministerio Público para lograr una mejor actuación en juicio y en general reforzar su razonamiento durante todo el proceso penal.

En este extremo, a modo de ejemplo, cabe traer a colación la Casación 626-2013-MOQUEGUA, en la cual, la Corte Suprema establece criterios procesales penales sobre la Audiencia de Prisión Preventiva, en ese sentido, señala que además de los presupuestos materiales para la imposición de dicha medida señalados en el artículo 268° del Código Procesal Penal (fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y, peligro procesal), se deben debatir otros dos: la proporcionalidad de la medida coercitiva personal a imponerse y su duración; en tal virtud, el Ministerio Público en su requerimiento escrito y en la fundamentación oral tiene la obligación de realizar una debida motivación sobre cada uno de estos cinco presupuestos que sustentan la medida coercitiva de prisión preventiva.

Considero que para efectos metodológicos del presente trabajo y para sustentar la posición propuesta, resulta conveniente analizar uno de los presupuestos que fundan la prisión preventiva: la proporcionalidad de la medida coercitiva personal a imponerse.

La Corte Suprema, en la Casación antes citada, en el fundamento jurídico vigésimo segundo señala que se fundamentará la proporcionalidad de la medida solicitada, en ese entender, el representante del Ministerio Público deberá motivar en su requerimiento escrito y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Es decir que el Ministerio Público, debe dejar de lado la posición formalista de aplicar la ley de manera literal, esto es, no solo se debe analizar lo que señala el Código Procesal Penal para imponer prisión preventiva, sino que el análisis debe superar ese nivel, este avance jurisprudencial da pie a que el Fiscal realice un razonamiento ponderativo – *método hasta ahora reservado para otro tipo de operadores como el juez o el legislador* – en tal virtud, en el caso de la prisión preventiva entrarían en colisión dos Derechos fundamentales: la libertad personal locomotora del imputado y los Derechos de tutela jurisdiccional efectiva y el Derecho de conocer la verdad de la Sociedad, a lo cual, agregaría, el principio de eficaz persecución del delito.

Para tal efecto, lo que el representante del Ministerio Público debe hacer, de manera escrita y oral, es motivar su requerimiento, pero haciendo uso de la herramienta argumentativa de la ponderación, si bien, no como lo propuso Robert Alexy en su texto Teoría de los Derechos Fundamentales (Alexy, 1993), pero con la misma finalidad: control racional del discurso fiscal, en ese caso, tanto la justificación interna (concepción formal) y justificación externa (concepción material) resultan insuficientes para asumir como motivada una determinada decisión, para ello se debe acudir a una tercera dimensión: la pragmática, que busca convencer al ciudadano de que la decisión fue la correcta frente a otras, en ese contexto, se debe hacer uso de un lenguaje sencillo para que el justiciable logre comprender el discurso.

Este es un claro ejemplo del avance, a nivel jurisprudencial, que se viene originando producto de la consolidación del Estado Constitucional, y que irradia no solo al ámbito judicial sino también fiscal, a quien se le atribuyó la defensa de la legalidad y que en la actualidad deberá ser defensor de la constitucionalidad, en ese contexto lograremos obtener un refuerzo al razonamiento que realizan los Fiscales al momento de emitir sus pronunciamientos para de esta manera obtener un discurso motivado.

6.2.3. Completitud de la motivación a partir de la concurrencia de las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.

En este punto, analizaremos las tres dimensiones de la argumentación jurídica propuestas por el profesor español Manuel Atienza, ello con la finalidad de evidenciar la necesidad de su utilidad en un discurso elaborado por un representante del Ministerio Público en materia penal, en ese entender, se proporcionarán razones para que se constituya en herramienta necesaria para alcanzar una motivación completa al momento de solucionar un conflicto de intereses.

En tal virtud, partiremos de la premisa que la argumentación tiene cuatro elementos indispensables: el lenguaje, el problema, la argumentación como actividad y como resultado, y, la argumentación como práctica racional. (Atienza, 2013)

Cuando hablamos de argumentación, en primer lugar nos estamos refiriendo a algo que tiene lugar en el lenguaje, es decir, argumentar es una práctica lingüística, es un tipo de acto de lenguaje. Otro elemento de la argumentación es el problema, recurrimos a la argumentación por algún motivo, porque se ha suscitado una cuestión que consideramos que debe resolverse con la argumentación, sobre este extremo, podemos señalar que comúnmente en la praxis judicial y fiscal se comete una clase de falacia: evadir la cuestión, cuando argumentamos muchas veces nos desviamos hacia temas que no tienen que ver con el problema.

Seguidamente, en la noción de argumentación existen dos perspectivas: la argumentación como resultado y como actividad, es ambiguo, muchas veces están muy entrelazadas que es difícil diferenciarlas (Atienza, 2013). Por ejemplo una disposición o requerimiento Fiscal es el resultado de la argumentación, pero no todo lo que contiene esos pronunciamientos son argumentos, el conjunto es argumentativo porque es la motivación del por qué se decide de una forma u otra, o por qué se solicita una determinada medida real o personal, hay muchas partes del discurso fiscal que sirven para explicar el problema, para hacerse algunas interrogantes, etcétera, pero la disposición o requerimiento Fiscal visto como un todo, es un resultado, donde hay una fundamentación normativa, fáctica y la decisión.

Vista como un resultado, en la argumentación apreciamos premisas y conclusiones, es decir, es un conjunto de enunciados, esa es la

manera como los lógicos entienden a la argumentación, pero ésta tiene otra dimensión: la actividad, donde se aprecian fases. (Atienza, 2013)

En el ámbito de la lógica no es relevante la actividad de la argumentación, la lógica no nos señala cómo debemos argumentar, no describe cómo se argumenta, lo que estudia solamente es el resultado,

Lo que nos ofrece la lógica son esquemas que nos permiten saber si un determinado argumento se corresponde con un esquema deductivo, es decir, una conclusión es válida si es que lo son las premisas, no se avoca a la actividad de argumentar, la lógica no pretende explicar cómo argumentan los juristas, sino cuales son los esquemas a utilizar para medir la calidad de nuestros argumentos. (Atienza, 2013)

Según se ponga el énfasis, en el resultado o en la actividad, entenderemos de manera distinta la argumentación y podremos tener diversas concepciones.

El último de los elementos es la idea de que la argumentación es una práctica racional, se argumenta para algo, es decir, a través de la argumentación se persigue alguna finalidad.

Sobre este aspecto en la práctica de los operadores jurídicos, en particular en la actividad Fiscal, en ocasiones el argumento no se orienta a la solución del problema, por ejemplo en casos donde se investigan hechos por la presunta comisión del delito de Usurpación

se hace alusión al principio de ultima ratio – que determina que no se puede perseguir toda conducta si los conflictos sociales pueden ser dirimidos en otra vía – éste argumento no resulta pertinente para la solución del caso debido a que con ello no se determinará si la conducta fue típica o no, o si el denunciado se vincula al hecho, este argumento resulta irrelevante, más aún si este principio está reservado únicamente para el legislador (Carnevalli, 2008)

El argumento es racional, términos generales, porque existen criterios de corrección de la argumentación, pero esos criterios son distintos para los diferentes operadores jurídicos, en ese sentido, lo que le exigimos a un Fiscal es distinto de lo que le exigimos a un Juez, Abogado o Legislador (Atienza, 2013), quizá en el discurso de un Fiscal esté correcto un determinado argumento, sin embargo, ese mismo argumento puede que no esté del todo correcto en una decisión judicial o legislativa.

En ese entender, el lenguaje, el problema, la argumentación como actividad y como resultado, y, la argumentación como práctica racional; son los elementos comunes de la argumentación jurídica, hay diversas maneras de configurar estos elementos, en base a ello se pueden distinguir tres concepciones de la argumentación: formal, material y pragmática; cada una de ellas consiste en interpretar de manera distinta a cada uno de los elementos expuestos anteriormente, la idea de fondo es que para argumentar en el Derecho se necesita manejar todas estas concepciones de la argumentación, por ello su estudio se constituiría en la parte general

de la argumentación, lo que tiene que saber un Juez o Fiscal, para luego poder responder aquellas tres preguntas que nuclean a la parte especial de la argumentación (cómo entender la argumentación, cómo evaluarla y cómo argumentar). (Atienza, 2013)

Empezamos por la concepción formal, es la concepción de la lógica jurídica, que se constituye en un componente como condición necesaria, pero no suficiente. La lógica entiende al lenguaje en términos abstractos, los lógicos no se ocupan de argumentos, sino de esquemas de argumentos, por eso, se habla de lógica formal, porque se vacía el significado y el contexto, la lógica no toma en consideración los aspectos materiales y contextuales, sino, verificar una estructura lógica correcta, por ejemplo, al utilizar el esquema del modus ponens es un lenguaje formal donde no resulta relevante "si p , entonces q " es verdadero o deja de serlo. (Atienza, 2013)

Si partimos de premisas verdaderas o correctas, entonces también necesariamente lo es la conclusión, ese es un argumento deductivamente válido, sin embargo, a la lógica no le es relevante la verdad material, solo hace abstracción de ella, si vamos al terreno del lenguaje resulta ser el aspecto sintáctico. (Atienza, 2013)

En esta concepción, el problema es la inferencia, lo que estudia el lógico es cómo, cuándo y en qué condiciones se puede pasar de enunciados – de una cierta forma – a otro – de una cierta forma – es un aspecto eminentemente formal, por ello la crítica de Viehweg y lo que trataba de conseguir con la tópica, según dicho autor, los

problemas argumentativos de los juristas no son dificultades de cómo pasar de una premisa a otra, sino de establecer las premisas. (Atienza, 2013)

No es satisfactorio para la labor motivacional del fiscal que se señale que un pronunciamiento del Ministerio Público es impecable desde el punto de vista formal, sin embargo, existen argumentos equivocados, porque de las premisas de las que parte no están bien fundadas.

La lógica se ocupa de la argumentación como resultado y no de la actividad, este aspecto explica por qué la lógica no puede constituirse en único elemento para determinar que el discurso fiscal este motivado. Los criterios de la lógica están dados en las denominadas reglas de transformación (*modus ponens, modus tollens, etc*), son denominados criterios formales. (Atienza, 2013)

Distinto es la concepción material de la argumentación; cuando por ejemplo se examina teorías generales de la Argumentación no dirigidas a juristas, sino más generales, desaparece este tipo de concepción, en ellas se habla más de dialéctica, retórica, desaparece la concepción material porque es peculiar de cada una de las prácticas argumentativas, según se trate de la argumentación jurídica o de la científica, etc. (Atienza, 2013)

En doctrina se sostenía que existía una lógica formal y una lógica material, en esta última, cuando ya no se hacía abstracción del significado porque era la lógica que le interesaba al que desarrollaba

una determinada práctica. El Derecho no es una empresa simplemente lógica, ésta marca ciertos límites importantes para el jurista, pero el jurista no es un lógico meramente, él utiliza la lógica, pero tiene que utilizar otras herramientas, porque sus propósitos no son los de un juego lógico.

La concepción material, se constituirá, dentro del lenguaje, en la semántica, porque es el lenguaje interpretado donde no se puede hacer abstracciones (Atienza, 2013), el Fiscal que motiva una decisión se compromete a que las premisas de las que está partiendo (normas) sean válidas y estén bien interpretadas, y las premisas fácticas (enunciados de hecho) se encuentren acreditadas de acuerdo al sistema probatorio, el problema que se plantea no es formal, no es ver si el silogismo está correcto, sino hay un control de premisas (Atienza, 2013), por ejemplo el Fiscal tiene que utilizar una norma vigente del sistema o debe dar como acreditado un hecho criminal a través de un fundamento adecuado, cuestiones eminentemente materiales.

Esta concepción es propia de cada campo de la argumentación y esa es una de las diferencias que uno encuentra entre la argumentación jurídica y la argumentación científica, por ejemplo. Aquí importa no solo el resultado, sino en parte, la actividad porque vimos que para el lógico el compromiso es formal e hipotético, lo que nos dice es que si las premisas son verdaderas también lo será la conclusión, en tanto que desde el punto de vista material el

compromiso va más allá, se debe fundamentar la premisa normativa y fáctica.

En relación a los criterios de corrección, debemos señalar que siguen funcionando los criterios lógicos porque no se puede argumentar bien, desde el punto de vista material, si entramos en contradicción, pero no nos podemos conformar con eso, entonces los criterios que manejamos en el Derecho tendrán que ver con las teorías referidas a las premisas, con una determinada teoría de la validez, de los enunciados jurídicos, de las fuentes del Derecho, de la prueba, de la interpretación; esta es la manera cómo se inserta las diversas partes de las teorías jurídicas en el contexto argumentativo y que los criterios no son solo lógicos.

La concepción pragmática, en la semiótica se hace una distinción para estudiar el lenguaje: la sintaxis, la semántica y la pragmática, ésta última cuando se estudia el lenguaje desde el punto de vista de las relaciones entre el lenguaje y el usuario, los efectos de la argumentación. (Atienza, 2013)

Dentro de esta concepción pragmática, que quiere decir, ver a la argumentación propiamente como una actividad, el esquema propuesto por el profesor Toulmin es un buen ejemplo, donde vemos claramente la diferencia entre la perspectiva formal y la pragmática, bajo esa idea Stephen Toulmin nos sugería que argumentar consiste en una actividad: hay un proponente, quien sostiene una tesis; un oponente, encargado de llevar la contraria; luego se pasa

por fases: la pretensión, las bases, la garantía y el respaldo. Este es un claro ejemplo de una concepción pragmática.

En la concepción pragmática se puede hacer una subdivisión: la dialéctica y la retórica. Lo del profesor Toulmin enlaza lo que se denominó como la dialéctica, en el sentido de la técnica de la discusión, que a veces tiene otros nombres como el de tópica, los lugares comunes, de dónde empezar una discusión, se tiene que buscar un punto de acuerdo y a partir de ahí comenzar el debate. (Atienza, 2013)

El esquema de la retórica es algo distinto al de la dialéctica, el que nos sugiere el profesor Chaim Perelman, donde tenemos un orador (oral o escrito) quien construye un discurso dirigido a un auditorio a quien tiene que persuadir. Aquí hay un orador y un auditorio, la diferencia con la dialéctica es que en ésta los dos que participan de la discusión juegan un rol activo, en tanto que en la retórica es solo el orador quien tiene el protagonismo mientras que el auditorio juega un papel parcialmente pasivo, es decir que la relación es asimétrica. (Atienza, 2013)

La diferencia entre la dialéctica y la retórica no son nítidas porque, por ejemplo, en el contexto peruano dentro de un juicio penal a la luz del Código Procesal Penal, donde rigen los principios de oralidad y contradicción en la actuación probatoria (art. 356 del CPP), se suscita el debate entre el Abogado y el Fiscal, ahí podemos apreciar la dialéctica, pero al mismo tiempo sobre todo en la fase de alegatos

de apertura (Art. 371 del CPP) y finales (Art. 386 del CPP), la mayor preocupación de cada uno de los intervinientes es más bien retórica, es decir que, al mismo tiempo que el Fiscal está debatiendo con el Abogado, se está dando cuenta que lo que le importa más es conseguir persuadir al Juez, es un claro ejemplo donde concurren ambas (dialéctica y retórica).

Sin embargo, consideramos que resulta importante distinguirlas porque los criterios de corrección no son exactamente los mismos y también porque, según la posición institucional que desarrolle un jurista, puede tener más importancia una u otra, por ejemplo, en el caso del juzgamiento en el proceso penal peruano, desde el punto de vista del Ministerio Público lo importante es la retórica, pero sin dejar de lado la dialéctica por ejemplo cuando interroga a un testigo o perito.

La distinción entre dialéctica y retórica se viene planteando desde la antigüedad, al filósofo Zenón se le preguntó cuál era la diferencia entre a retórica y la dialéctica, entonces él, para representar a la dialéctica puso el puño cerrado y para la retórica la mano abierta, lo cual ayuda a entender, porque la dialéctica es discusión, es sujetar al oponente, por ello ha estado más ligada a la discusión filosófica, contrariamente, en la retórica es más sencillo escapar, es un discurso más pegado a la literatura, por ejemplo un mitin de la clase política. (Atienza, 2013)

Estos dos aspectos, la dialéctica y la retórica, que se entrecruzan y que en ocasiones se debe distinguir, caen sobre el mismo rubro: concepción pragmática, ven de una manera muy distinta a la argumentación.

Desde el aspecto lingüístico, se ve como un acto del lenguaje que se está realizando, ya no es un lenguaje formal sino es una interacción.

El problema que se plantea en el caso de la retórica es el de persuadir, en el de la retórica es de conseguir un cierto consenso.

En cuanto a los criterios de corrección, son distintos, en la retórica, el criterio es lograr persuadir al auditorio, bajo las reglas del proceso penal en el Perú, el Fiscal debe persuadir al Juez para que admita los requerimientos solicitados.

Aquí resulta conveniente diferenciar dos aspectos: persuadir y convencer. Hay una diferencia técnica que realizó Perelman, sin embargo, en el lenguaje cotidiano lo usamos como sinónimos. Chaim Perelman hizo esa distinción porque existe la posibilidad de que se pueda lograr que las personas acepten las tesis, con malas artes, por ejemplo, engañando. Persuadir es una cuestión de hecho, convencer es una cuestión normativa, se debería lograr persuadir, aunque no lo sea. (Atienza, 2013)

Se podría señalar por ejemplo que el discurso del Ministerio Público cuando realiza alegatos finales en el proceso penal resulta convincente pero no persuasivo, es decir que tendría que haber sido exitoso, tendría que haber logrado que el Juez acepte sus tesis,

aunque, a lo mejor, no lo logró, no persuadió, aunque – de hecho – el Juez no esté de acuerdo con él, pero el discurso estuvo correctamente estructurado.

El problema de fondo de la retórica es que se pueda lograr el éxito de malas maneras, para eso Perelman trata de construir un criterio de corrección que no sea puramente el hecho, por lo cual inventa lo que él denomina el auditorio universal. Entonces la persuasión tiene lugar frente a los auditorios reales, el auditorio universal está conformado por todos los seres de razón. (Atienza, 2013)

Con relación a las técnicas de persuasión o las pruebas retóricas, existe una clasificación proporcionada por Aristóteles, distinguía dos: pruebas *atécnicas* y pruebas técnicas. Las *atécnicas* son aquellos recursos que pueden contribuir a que el orador persuada pero que son externas a su discurso; ejemplo: pruebas documentales, testigos o peritos, que facilitan el propósito persuasivo, lo cual no se logra a través del discurso, de la técnica retórica. (Atienza, 2013)

Las pruebas técnicas son las que construye el orador con su discurso, dentro de éstas se encuentra el ethos que es el talante del orador, la manera cómo se presenta, lo que hace para que su auditorio lo vea como alguien estimable y en quien se puede confiar, este es un aspecto muy importante para lograr la persuasión (Atienza, 2013). Este aspecto resulta importante para el Ministerio Público, al momento de que expone su teoría del caso en los alegatos de apertura y más trascendental aún en la exposición final.

En ese sentido, si el Juez observa al Fiscal que basa su discurso en la búsqueda de la justicia y que éste resulta ser corrupto, su discurso es insostenible. En muchas ocasiones este aspecto resulta más decisivo que los argumentos propiamente dichos, de la lógica, un Fiscal puede ser un jurista lógico y manejar los argumentos jurídicos, pero puede ser un precario argumentador.

Luego está lo que Aristóteles llamó el *logos*, quiere decir las pruebas puramente lógicas, Aristóteles no contraponía la lógica a la retórica, sino que decía que las pruebas lógicas son ingredientes de la retórica y naturalmente si en un discurso retórico o en una discusión dialéctica se construye un buen argumento lógico las personas lo aceptarán por ser una construcción lógica-racional. (Atienza, 2013)

Aristóteles realiza una distinción entre argumentos deductivos (silogismo) y la inducción, tiene su equivalente en la retórica con algunas peculiaridades, entonces se habla del silogismo retórico al que Aristóteles denomina entimema, que es un argumento que tiene premisas implícitas, en ese sentido, en la lógica las premisas tienen que ser propuestas, en cambio en la retórica hay premisas que muchas veces no se ponen, y vemos que en la realidad en ocasiones no ponemos todas las premisas en nuestro discurso, esto porque sería engorroso y haría imposible poder argumentar de manera ágil, pero también por razones retóricas, porque puede ocurrir que la premisa implícita es débil, por lo cual no se consigna en el discurso, y en el juego dialéctico el oponente tiene que exhibirla, exigirla. (Atienza, 2013)

La inducción en contextos retóricos, Aristóteles lo denominaba como el ejemplo, lo particular a lo general, los ejemplos daban vigor al discurso que es importante en el contexto retórico. (Atienza, 2013)

El tercer elemento de la lógica es el pathos, la apelación a las pasiones del auditorio (Atienza, 2013), aspecto importante que debe contar todo orador, en este caso el Fiscal para lograr persuadir, aquí la retórica incorpora una especie de tratado de psicología de cómo son las pasiones y cómo se consigue que se incremente la compasión – mediante el cual el Abogado podría señalar que a pesar de que el imputado es culpable resaltaba lo complicado de la infancia del procesado o los grandes méritos ha realizado en favor de la sociedad – o la animadversión (Fiscalía) según corresponda.

En ese sentido, la retórica incorpora la lógica al discurso, lo que ocurre es que no solo es lógica, sino también lo del ethos (talante del orador), el *logos* y el *phatos*.

Entonces el criterio de corrección de la retórica, en palabras de Perelman es convencer al auditorio, ese es el modelo propuesto en el presente trabajo, no hacer uso de la retórica para persuadir con malas artes sino a convencer con buenas razones. (Atienza, 2013)

Como se aprecia, cada una de las concepciones de la argumentación jurídica tiene su particularidad y su finalidad, en ese sentido, la concepción formal busca que nuestro discurso sea, en términos de lógica jurídica, formalmente correcto, pues de lo contrario estaremos ante un razonamiento inválido, la lógica juega

un papel importante en este aspecto, la lógica nos proporciona esquemas a partir de los cuales podemos realizar un discurso lógico. (Atienza, 2011)

Son elementos que sirven para todos los casos en los que hablamos de argumentación y luego reglas materiales que son las concepciones de la argumentación.

Por ello, para argumentar debidamente se debe acudir en primer término a la lógica, donde la conclusión se derive necesariamente de las premisas, para ello haremos uso del silogismo jurídico (premisa mayor, premisa menor y conclusión); seguidamente la concepción material tiene que ver más con las premisas, este enfoque se orienta, en palabras sencillas, a fundamentar cada una de nuestras premisas, en palabras de Atienza, se constituye en una teoría de las premisas o de buenas razones, donde se deben ofrecer razones de tipo apropiado. (Atienza, 2011)

La dimensión pragmática entiende a la argumentación como algo dinámico, donde concurre, como ejemplo, un orador y un auditorio, en el presente caso el orador es el representante del Ministerio Público y el auditorio es el justiciable, en ese escenario el orador debe convencer al auditorio, a través de argumentos, pero no de cualquier tipo de argumentos, para no incurrir en falacias, sino a través de argumentos racionales, al respecto el orador, debe hacer uso de la retórica, es decir que además de utilizar nuestros argumentos racionales debemos recurrir a la persuasión retórica,

así, como lo señala D'onofrio, el resultado de un juicio no debe ser el resultado de la persuasión. (D'onofrio, 2016)

La sola presentación de la argumentación racional no es suficiente para lograr el asentimiento y la convicción del auditorio, de esta manera la retórica debe estar al servicio del razonamiento jurídico racional, pensar en que no es necesaria, es ingenuo, en suma, cuenta, la solución al conflicto consiste en reforzar la argumentación jurídica a través de la utilización de la dialéctica y retórica. (D'onofrio, 2016)

Bajo el análisis propuesto en el presente trabajo se advierte que las tres concepciones de la argumentación jurídica no resultan incompatibles para ser utilizados en cualquier discurso, en particular en los emitidos por el Ministerio Público, por tanto, pueden ser utilizados de manera copulativa en los pronunciamientos fiscales, para de esta manera cumplir cabalmente con motivar las decisiones emitidas por dichos operadores jurídicos.

En ese sentido, en una investigación penal, al momento de emitir una Disposición de Archivo, el Fiscal realiza define la premisa mayor (generalmente un tipo penal), luego expone los hechos (premisa menor) y finalmente arriba a una conclusión. Esta labor en casos que no reviste complejidad no resulta complicado; sin embargo, en casos donde, por ejemplo, existen imputaciones recíprocas, como ocurren en los casos de violencia familiar, el nivel de análisis nos debe llevar más allá. Por ello, recurrimos al enfoque material, donde

fundamentaremos nuestras premisas, llegaremos a determinar el tipo penal específico, determinaremos los hechos acreditados para finalmente llegar a una decisión. Sin embargo, esto también resultaría insuficiente porque al justiciable se le debe comunicar con un lenguaje claro por qué se asumió una decisión y no otra, se le deberá exponer las razones por las cuales se escogió, entre muchas otras, una determinada tesis, se buscará convencerlo de que él también pudo llegar a esa conclusión con todo lo actuado en la investigación, esto último nos llevará a utilizar la dimensión pragmática de la argumentación.

6.2.4. La vinculación de la concepción pragmática con los valores jurídicos de aceptabilidad y consenso.

En un proceso penal, como en cualquier otro proceso, donde se quiere lograr ciertos fines y valores, como la justicia, se busca cierto consenso para avanzar en el desarrollo de un debate y dar solución a un conflicto, con este punto como base, se conseguirá convencer al justiciable de que la decisión tomada fue la más adecuada, es decir, se busca en él, la aceptación de la tesis asumida por el operador jurídico. En las siguientes líneas se abordará este tema con el propósito de evidenciar la conexión entre el enfoque pragmático de la argumentación jurídica y los valores de aceptabilidad y consenso.

Desde el punto de vista pragmático, la argumentación resulta ser una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos. En tal virtud,

corresponde preguntarnos ¿cómo se logra persuadir a un auditorio o interactuar con otras personas para lograr algún acuerdo sobre algún problema?

Tal como se ha señalado, la finalidad de la argumentación es lograr la persuasión o el acuerdo, hemos advertido que en la concepción material y en la formal, la argumentación es vista desde un plano individual, en el enfoque pragmático la argumentación es una actividad eminentemente social.

Entre quienes tienen básicamente un enfoque material de la argumentación, los elementos pragmáticos se introducen a través del papel que se pueda reconocer al diálogo y al consenso como factores para alcanzar la verdad o la corrección. (Atienza, 2013)

Por ello el enfoque pragmático está íntimamente ligado a los valores básicos de aceptabilidad y consenso, en tal sentido, se puede afirmar que un ideal de motivación en materia fiscal consiste en colocar las razones en forma adecuada para que sea posible la persuasión. (Atienza, 2013)

Un caso que podría graficar este aspecto es el resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el acceso de invidentes con perros guía a los supermercados. El TC declaró fundado el recurso de amparo interpuesto por Jane Cosar Camacho y otros en contra de Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea, ordenándole que permita a los demandantes – que tienen discapacidad visual – acceder a sus instalaciones asistidos por perros guía, y que garantice la

permanencia de éstos de manera ilimitada, constante y sin trabas (Exp. N° 02437-2013-PA/TC).

En este caso el Tribunal Constitucional presenta su tesis como la conclusión lógica de una serie de premisas previas, dichas premisas son consideradas como enunciados verdaderos (respecto a la fundamentación fáctica) o correctos (de carácter valorativo o normativo) y de hecho una parte importante y tal vez la más relevante de la labor argumentativa del TC se orienta a acreditar esto último. Naturalmente el TC pretende que, lo que sostiene en ese caso, resulte aceptable para toda la población, para ello realiza un tipo de razonamiento no solo formal o material, sino también pragmático, haciendo ver a la comunidad jurídica y a la sociedad que lo que resolvió fue lo más acertado y adecuado frente a otras posiciones racionales, como por ejemplo asignar a un empleado del centro comercial para que acompañe al invidente y de esta manera restringir el ingreso del perro guía.

Este es un claro ejemplo que, en el Derecho no importan exclusivamente los valores formales (previsibilidad de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica), sino también valores materiales (como la verdad y la justicia) y valores políticos (la aceptabilidad y el consenso). (Atienza, 2009)

La propuesta del presente trabajo no se orienta a utilizar, en la argumentación de los Fiscales, uno de los enfoques propuestos por el filósofo de Alicante, sino por el contrario, hacer uso de las tres, de

manera conjunta o copulativa, haciendo énfasis en una u otra, dependiendo del contexto o de la posición que se asuma.

A este nivel de análisis, cuando utilizamos este enfoque se producen argumentos, pero las premisas y conclusiones de éstos no son enunciados interpretados o por interpretar sino son enunciados aceptados, debido a que sin determinados puntos de acuerdo no sería posible llevar adelante esta actividad. (Atienza, 2013)

En el caso de los fiscales, los tres enfoques pueden ser utilizados al momento de emitir sus pronunciamientos (disposiciones y requerimientos) dentro de la fase de investigación preliminar o preparatoria, la conclusión (decisión) debe corresponderse a las premisas, éstas deben ser válidas y correctas, y seguidamente lograr convencer al justiciable haciéndole saber que la decisión fue la más correcta y adecuada frente a otras.

Pero ocurre que, en la etapa de juzgamiento, se presenta el debate con el Abogado Defensor o el interrogatorio a testigos y peritos – *donde nítidamente podemos aplicar la dimensión dialéctica* – y al momento de plantear la teoría del caso en los alegatos de apertura o de clausura – *donde se hace uso de la retórica* – orientada a persuadir al Juez; en esta etapa claramente se podrá hacer uso del enfoque pragmático.

Una concepción puramente material de la argumentación puede concebir la actividad de argumentar en términos individuales, *monológicos*: las razones serían las que se corresponden con la

verdad de los hechos o con la corrección de las normas, sin que para ello se necesite el concurso de los demás. Pero esto es lo que cuestionan las concepciones dialógicas (dialécticas) de la racionalidad o mejor dicho, en este tipo de concepciones (las teorías discursivas, procedimentalistas o constructivistas) suelen combinarse elementos de tipo pragmático y de tipo material: el peso de los elementos pragmáticos es determinante si se considera que la verdad o la corrección es el resultado, el consenso al que se llega (o debería llegarse) respetando ciertas reglas de procedimiento; mientras que prevalece el ingrediente material si el acento se pone en la idea de que el diálogo es un instrumento que ayuda a llegar a la verdad o a la corrección, pero carece de fuerza constitutiva, o sea, proporciona un método para hallar unos criterios que existen con independencia del procedimiento. (Atienza, 2009)

La concepción pragmática hace alusión a un tipo de actividad que busca lograr la interacción del intérprete para el logro de la persuasión o el acuerdo con un auditorio, respetando ciertas reglas; se trata de una actividad final dirigida a los propósitos antes mencionados, que se nutre de la retórica y la dialéctica como procesos de comunicación, por tanto ya no se trata de actividades individuales –como las dos primeras- sino de carácter social, que persiguen un fin específico o varios a la vez. La persuasión, el convencimiento, el acuerdo y el consenso son las ideas finales que se persigue con la misma. (Atienza, 2013)

La nueva concepción del Derecho estaría caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los lugares específicos del Derecho (los tópicos jurídicos). El razonamiento jurídico no es ya ni una simple deducción silogística, ni tampoco la simple búsqueda de una solución equitativa, sino la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho o, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable.

6.2.5. Análisis de la encuesta realizada a los Magistrados Fiscales del Distrito Judicial de Cajamarca en materia penal

Al ser preguntados por los criterios que emplean para motivar sus pronunciamientos, cuatro de ellos señalaron que emplean doctrina y jurisprudencia; tres de los encuestados indicaron que utilizan la herramienta de la justificación interna y externa; uno de ellos señaló que utiliza los fundamentos de hecho y de derecho, otro, sostuvo que sigue las recomendaciones del ex Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional; uno de ellos emplea compulsivamente doctrina, jurisprudencia y legislación. Al ser preguntados los magistrados encuestados respecto a si tienen información respecto a las concepciones o dimensiones de la argumentación jurídica, seis de ellos indicaron que sí tienen conocimiento del tema, pero solo dos de ellos señalaron que recepcionaron la información de cursos; cuatro de los encuestados

desconocían del tema propuesto; al preguntarles qué concepciones o dimensiones de la argumentación jurídica han empleado para redactar sus pronunciamientos, tres de ellos señalaron que utilizan las dimensiones formal y material, dos indicaron que solo hacen uso del enfoque formal, uno de ellos sostuvo que emplea las tres concepciones de la argumentación, otro indicó que solo utiliza el enfoque pragmático y tres de ellos no respondieron; a la pregunta ¿Después de redactar el pronunciamiento fiscal, somete dicha disposición a un “control de calidad”?, seis encuestados señalaron que sí y cuatro que no; asimismo, seis de ellos precisaron que para ello acuden a un esquema predeterminado (parte expositiva, considerativa y resolutive); dos a la aplicación de un método de argumentación jurídica, uno señaló que solicita la revisión de su decisión por un colega de mayor experiencia, y solo uno de ellos combina el esquema predeterminado con un método de argumentación jurídica; finalmente, al ser interrogados si estarían interesados en conocer una concepción de la argumentación jurídica que le permita maximizar la motivación contenida en los pronunciamientos fiscales, seis de los encuestados indicaron que desean mayor información sobre los tres enfoques de la argumentación, dos de ellos, sólo la dimensión pragmática, uno de ellos indicó que está interesado en conocer los enfoques material y pragmático y uno sostuvo que desea profundizar sobre tesis, argumento y conclusión.

Teniendo en cuenta los resultados de las encuestas, se advierte que las dimensiones formal y material son utilizadas y conocidas académicamente en mayor medida por los representantes del Ministerio Público, sin embargo, el enfoque pragmático es poco conocido y no es tomado en cuenta como criterio argumentativo, sin embargo, es utilizado de manera cotidiana y natural por los Abogados en general y por los Fiscales en particular, en ese sentido, resulta importante, en la labor de argumentar, adicionar este enfoque en el discurso fiscal para optimizar el deber motivacional requerido en este modelo de Estado Constitucional

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE DIRECTIVA APLICADA A LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El presente capítulo está referido a la propuesta derivada del análisis realizado en el presente trabajo de investigación, en ese sentido se propone la aplicación de la siguiente directiva a los representantes del Ministerio Público a fin de reforzar el razonamiento que realicen en sus pronunciamientos y de esta manera optimizar el deber motivacional requerido en el Estado Constitucional.

Directiva N° 001-2020-MP-FN

Directiva sobre motivación de Resoluciones, Disposiciones y Requerimientos Fiscales

a. Objetivo

Establecer disposiciones para una debida motivación de Resoluciones, Disposiciones y Requerimientos realizados por los señores Fiscales del Ministerio Público.

b. Finalidad

La presente Directiva tiene como objeto uniformizar los criterios respecto al cumplimiento del deber motivacional requerido en el nuevo paradigma constitucional.

c. Alcance

La presente Directiva es de observancia y aplicación obligatoria para todos los Fiscales del país, que emitan Resoluciones, Disposiciones o Requerimientos Fiscales.

d. Base legal

Constitución Política del Perú: artículo 139 inciso 5

Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052):
artículos: 1, 4

Ley de la Carrera Fiscal – Ley 30483: artículos 46, 47, 84

Código Procesal Penal: artículos IV Título Preliminar, 64, 122, 203, 244,
250, 286, 303, 349, 550.

e. Disposiciones generales

1. De la obligación constitucional de motivación

La motivación de las decisiones judiciales ha sido considerada como una obligación del órgano jurisdiccional, así, el artículo 154° de la Constitución Política de 1920 y el artículo 227° de la Constitución de 1933 recogieron tal obligatoriedad, señalando que las sentencias deberán expresar los fundamentos en que se apoyen.

En la Constitución de 1979 en su artículo 233 la establece como “Garantía de la Administración de Justicia” y la Constitución vigente, promulgada en 1993 la considera como “principio y derecho de la función jurisdiccional”, precisando además la dimensión que alcanza, al señalar que la motivación comprende la mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hechos en que se sustentan.

La Constitución Política vigente establece en el inciso 5° del artículo 139 la obligación de que toda resolución judicial esté debidamente motivada, esto es, que el Juez proporcione razones que lo llevaron a tomar una determinada decisión.

Ahora bien, en el marco de la normativa procesal penal existen no solo pronunciamientos judiciales sino también fiscales, tal como lo señala el artículo 64 del Código Procesal Penal. En ese entender, el Tribunal Constitucional ha establecido que el proceso penal también comprende los actos del Ministerio Público, por tal motivo, en dichas actuaciones deben respetarse las garantías de un debido proceso y consiguientemente resguardar los derechos fundamentales de toda persona.

En esa misma línea, este derecho exige a los magistrados fiscales a solucionar la petición del denunciante de modo congruente, evitando desviarse para no modificar o alterar el debate Fiscal. El no acatar dicho deber, se traduciría en una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva y también del derecho a la motivación de los pronunciamientos Fiscales.

En ese sentido toda autoridad judicial o fiscal en un proceso penal para una adecuada motivación de sus pronunciamientos dentro de un Estado Constitucional – que pasaremos a desarrollar brevemente en el siguiente párrafo – debe hacer uso de la argumentación jurídica, por ese motivo, su conocimiento y dominio resulta de suma importancia para cualquier operador jurídico.

2. Lineamientos doctrinales sobre motivación

En la justificación de decisiones normativas pueden identificarse dos aspectos fundamentales: la justificación interna (*internal justification*) y la justificación externa (*external justification*). Dicha división fue planteada por el profesor polaco Jerzy Wróblewski, quien clasificó a los tipos de

fundamentación en internos y externos en función a la factibilidad de deducir el resultado lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación.

a. La justificación interna

Se llama justificación interna a la derivación lógica del resultado argumentativo de las premisas que conforman su antecedente. Es decir, se llega al resultado a través de un silogismo jurídico.

b. La justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Según Alexy dichas premisas pueden ser: 1) reglas de derecho positivo; 2) enunciados empíricos; y, 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Respecto de la justificación de los enunciados jurídicos (reglas de derecho positivo) y de los enunciados empíricos, basta demostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico o razonabilidad empírica respectivamente. Es en el tercer tipo de premisa que la argumentación jurídica tiene lugar, es decir, se argumenta respecto de premisas que no son reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos. Sin embargo, entre estos tres procedimientos de fundamentación existen múltiples relaciones. Así, para interpretar una norma de Derecho positivo, o para fundamentar su validez se puede requerir además de las reglas del Derecho positivo, también de enunciados empíricos como por ejemplo el análisis de las circunstancias fácticas referidas a esta.

Ahora bien, a nuestro criterio la teoría más completa actualmente y la que tuvo gran influencia en América Latina y sobre todo en el Perú es la desarrollada por Manuel Atienza, quien, en su obra “Argumentación Constitucional Teoría y Práctica” propuso tres concepciones de argumentación: formal, material y pragmática (Atienza, 2011).

La interpretación formal: (aspecto fundamental de la lógica deductiva estándar), considera la argumentación como una actividad compuesta de una serie de enunciados independientemente de su verdad, de la corrección de sus premisas o la verdad de sus conclusiones. Prima la cuestión lógica y el problema de la interpretación gravita en torno a si a partir de determinadas premisas puede lógicamente derivarse la conclusión alcanzada, a través de específicas reglas de inferencia, que constituye los criterios de corrección del argumento. Son esquemas, formas de argumentos, categorías con prescindencia de su contenido material. Su modelo más frecuente es la inducción, pero ello no excluye el uso de otras formas de razonamiento (inductiva- abductiva).

La interpretación material: En ella lo esencial no es la forma de los argumentos, sino su contenido material, esto es las normas o hechos en tanto ser o deber ser; “responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer y consiste en una teoría de las premisas: de las razones para realizar una determinada acción y sus criterios de corrección ya no se hallan desde una consideración formal. Lo importante es verificar en qué condiciones un razonamiento prevalece sobre otros en función de sus contenidos reales, es decir, como es, o debería ser el mundo, según precisa el autor (2011: 22). Tiene cabida

acá la consideración de los contenidos de verdad, plausibilidad y razonabilidad de los argumentos.

Esta concepción abre un espacio de reflexión al intérprete que se considera aún más amplio y trascendente desde el punto de vista jurídico-político y social, que el que suministra la interpretación formal, pues va al fondo de las proposiciones que hacen parte de los argumentos. El por qué y para qué de la esencia de las instituciones jurídico-procesales y de la naturaleza de las cosas y las personas en su actuación hace posible la adecuada interpretación del objeto, desde esta perspectiva.

La concepción pragmática: hace alusión a un tipo de actividad que busca lograr la interacción del intérprete para el logro de la persuasión o el acuerdo con un auditorio, respetando ciertas reglas; se trata de una actividad final dirigida a los propósitos antes mencionados, que se nutre de la retórica y la dialéctica como procesos de comunicación, por tanto ya no se trata de actividades individuales –como las dos primeras- sino de carácter social, que persiguen un fin específico o varios a la vez. La persuasión, el convencimiento, el acuerdo y el consenso son las ideas finales que se persigue con la misma.

3. Situación Actual

En la actualidad en nuestro país se advierte que, en los pronunciamientos fiscales, se utilizan las concepciones formal y material (justificación interna y externa), es decir, se utiliza un silogismo y se verifica la validez de las premisas para llegar a la conclusión, empero, la concepción pragmática es muy poco conocida, en un sentido teórico,

pero su utilización es cotidiana y hasta natural porque cada persona siempre busca persuadir y convencer a través de su discurso, este enfoque apunta a una nueva dimensión de la racionalidad: racionalidad como capacidad para persuadir a otros, para interactuar lingüísticamente con los demás y llegar a acuerdos respetando ciertas reglas; por ello, quizás se le pueda llamar racionalidad procedimental o política, que no se opone necesariamente a las otras dos, en ese entender y asumiendo que cada uno de los enfoques destaca un aspecto importante de la práctica jurídica argumentativa y por ende se encuentran conectadas entre sí y no son incompatibles, considero que resulta fundamental en un Estado Constitucional, como el nuestro, conocer y utilizar, no solo las concepciones formal y material, sino también la pragmática y a partir de ello optimizar el deber motivacional constitucionalmente consagrado.

Es fundamental que la labor del operador jurídico – en materia de argumentación – vaya más allá de explicar cómo llegó a determinada decisión; el Fiscal debe en todo caso, justificar, y ello supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable, plausible, defendible, y no sólo dar las razones por las cuales se produjo la decisión. En doctrina se sostiene la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, tomados de la filosofía de la ciencia. Expresa al respecto que, por un lado, está la actividad de enunciar una teoría, y por otro, el consistente en justificar o validar esa teoría, es decir, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez. Traspolado ello al ámbito de la argumentación jurídica, una cosa es el procedimiento para el establecimiento de una premisa y/o conclusión, y

otro el de justificar dicha premisa o conclusión. Ha de entenderse entonces de acuerdo con el autor, que quien decide no sólo debe explicar (los hechos: señalando las premisas) sino justificar (el hecho y el derecho: mediante la decantación de las pruebas y la determinación del derecho aplicable con vista en razones de peso que sirvan de fundamento a uno u otro extremo). Así, la decisión se hace más controlable y puede resultar mucho más adecuada en términos de justicia y de una cumplida administración de justicia.

f. Disposiciones específicas

El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención, dicta Disposiciones y Providencias, así como formula Requerimientos, los cuales deben estar debidamente motivados, para lo cual, a fin de optimizar el cumplimiento de ese deber motivacional debe aplicarse – *copulativamente* – las tres concepciones de la argumentación jurídica: formal, material y pragmática.

Es así como los Fiscales deberán utilizar la dimensión formal para lograr que el pronunciamiento sea lógico, al hacer uso del silogismo subsuntivo. En el caso de la concepción material, permitirá al Fiscal fundamentar cada una de las premisas propuestas dentro de cada discurso emitido y la dimensión pragmática logrará convencer al justiciable, a través de un lenguaje sencillo, que la decisión tomada fue la más correcta frente a otras, es decir que se convenza al usuario de que, con los elementos de convicción con los que cuenta el Fiscal, le justiciable hubiera llegado a la misma conclusión.

El uso de esta herramienta argumentativa permitirá no solamente lograr que el discurso sea formalmente correcto o que las premisas se encuentren bien fundamentadas, sino que, el Fiscal persuada y convenza a los justiciables, que proporcione razones que permitan considerar la decisión como algo aceptable.

g. Vigencia

La presente Directiva será de aplicación obligatoria en todos los Distritos Fiscales del territorio peruano desde el día siguiente de su publicación.

CONCLUSIONES

1. El Principio de Legalidad, visto desde la perspectiva del Estado Legislativo, resulta insuficiente para fundar un discurso motivacional en sede fiscal que constituya fundamento para que el valor justicia prevalezca frente a la conclusión que brinda el razonamiento lógico – subsuntivo subyacente a la interpretación literal de la norma.
2. La utilización del aspecto dialéctico y retórico del lenguaje, para la elaboración de un discurso en sede del Ministerio Público, constituye un esquema reforzado y necesario para la construcción del razonamiento fiscal, por cuanto las concepciones formal y material son herramientas argumentativas de nivel estándar – primario para motivar una decisión.
3. Las tres concepciones de la argumentación jurídica (formal, material y pragmática) no son excluyentes, en ese entender, debido al incremento del nivel de complejidad de los conflictos jurídicos en materia penal, se requiere su uso conjunto, cuya praxis genera como consecuencia un fenómeno integral argumentativo que completa el deber motivacional exigido a un Fiscal en un Estado Constitucional.
4. La dimensión pragmática de la argumentación se relaciona con los valores de aceptabilidad y consenso subyacentes al sistema jurídico nacional, por cuanto, el uso la argumentación, desde una perspectiva dinámica, se orienta buscar en los justiciables la aprobación de una decisión Fiscal; de otra parte, en determinados actos procesales, se orienta a alcanzar la aceptación de la tesis asumida por el Fiscal, lo

cual constituye una herramienta para el logro del deber motivacional exigido al Ministerio Público en el nuevo paradigma constitucional.

5. Los actos procesales realizados por los representantes del Ministerio Público en los cuales la dimensión pragmática de la Argumentación Jurídica adquiere mayor relevancia son aquellos sustentados de manera oral, por lo cual, en la construcción del discurso fiscal penal a efecto de optimizar la motivación es fundamental el uso de la retórica aplicando criterios de corrección para su control racional.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere considerar como herramienta argumentativa la utilización de la concepción pragmática de la argumentación jurídica para la elaboración de pronunciamientos del Ministerio Público en materia penal, a efecto de optimizar la motivación de su discurso orientado a concretizar la construcción del nuevo paradigma Constitucional.
2. Se recomienda que el Ministerio Público, a través de los órganos de Dirección de Fiscalía de la Nación, diseñen una Directiva o Guía dirigida a proporcionar lineamientos para elaborar un discurso argumentativo en sede Fiscal, donde se incluya el uso de la dimensión pragmática a fin de optimizar el deber motivacional propio del Estado Constitucional.

LISTA DE REFERENCIAS

- AARNIO, A. (1991) "Lo racional como razonable". CEPC, Madrid.
- AGUILÓ, J. (2008) "*Sobre Derecho y Argumentación*". Mallorca: Editorial Leonard Muntaner.
- ALEXY, R. (1989), Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de M. Atienza. Madrid: Editorial. Espejo, CEC.
- ALEXY, R. (1993) "*Teoría de los Derechos Fundamentales*". Madrid: Editorial Fareso SA.
- ALEXY, R. (1997) "*Teoría de la Argumentación Jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*". Madrid: Editorial Prisma Industria Gráfica.
- ALEXY, R. (1997) "Probleme der Diskurstheorie". En: Recht, Vernunft und Diskurs. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, p. 113; Teoría de la argumentación jurídica. CEPC, Madrid.
- ATIENZA M. (2005) "*Las Razones del Derecho*", México – Edit. UNAM.
- ATIENZA, M. (2004) Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. En: Observatório da Jurisdição Constitucional. 2014. Extraído de: <<https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-delneopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>> 06/08/2018 15:03 p.m.
- ATIENZA M. (2009) "*El sentido del Derecho*", Barcelona – Edit. Ariel.
- ATIENZA, M. (2011) "*Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*". México: Editorial Porrúa.

- ATIENZA, M (2012). *“El Derecho como Argumentación”* – Barcelona – España. Editorial Ariel.
- ATIENZA, M (2013). *“Curso de Argumentación Jurídica”* – Madrid – España. Editorial Trotta.
- ATIENZA, M y GARCÍA, J. (2016). *“Un debate sobre Ponderación”* – Lima – Perú. Editorial Palestra.
- BECCARIA, C. (1974) *“De los delitos y las penas”*, Madrid. Edit. de Francisco Tomás y Valiente.
- CAÑAS QUIRÓS, R. (1995). La justicia en el alma del filósofo según Platón. En: Rev. Filosofía Univ. Costa Rica, XXXIU. En: <http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.XXXIII/No.%2081/La%20Justicia%20en%20el%20alma%20del%20filosofo%20segun%20Platon.pdf> 05/08/2020 9:50 a.m.
- CARBONELL, M. (2011) *“Neoconstitucionalismos”*. México: Editorial Trotta.
- CARMONA, T. (1996) *“La interpretación judicial constitucional”*. México D.F.: UNAM.
- DE VITORIA, F. (2001). *La Justicia*. Madrid, Ed.Tecnos.
- DWORKIN, R. (2012) *“El Imperio de la Justicia”*. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Gedisa S.A.
- GARCÍA, A. (2003) *“La Argumentación en el Derecho”* Lima. Palestra Editores.

- GARCÍA, J (2016) ¿Cómo sabremos si los jueces han argumentado (suficientemente) bien? En: Almacén de Derecho. Extraído de <<https://almacendeDerecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii/>> 21/06/2019 11:54 a.m.
- GIL, B., PORTILLO, C., GREGORIO, J. (2012) *“Ensayo Sobre Las Teorías de la Argumentación según Manuel Atienza”*, Maracaibo – Venezuela – Editorial Universidad del Zulia.
- GONZALES, D. (2004) *“La Argumentación en materia de Hechos”* Alicante – España – Edit. Universidad de Alicante.
- GOZAINI, O. (2004) *“El debido Proceso”*, Buenos Aires – Argentina. Editorial Rubinzal.
- GUASRTINI, R. (2003) *“La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”*, en Carbonell, M. *“Neoconstitucionalismo”*, España. Trota.
- HABERMAS, J. (1973). *“Wahrheitstheorien”*. En: Winkligkeit und Reflexion, Festschrift für W. Schulz. H. Fahrenbach (ed.), Pfullingen.
- HABERMAS, J. (2009): *“La lógica de las ciencias sociales”*. Madrid. Tecnos.
- MACCORMICK, N. (1978) *“Legal Reasoning and Legal Theory”*. Oxford University Press, Oxford.
- MORILLA, L. (1992). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.
- MUÑOZ, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona. BOSCH Casa Editorial S.A.

- PORTOCARRERO, J. (2010) *“La Teoría de la Argumentación y decisión jurídica”* Gaceta Constitucional 27, Lima –Perú - Editorial Gaceta Jurídica
- PECZENIK, A. (1989) *“On Law and Reason”*. Kluwer Academic Publishers, London.
- PERELMAN, Ch. (1971) *“The New Rhetoric”*. En: Pragmatics of Natural Language. Y. Bar-Hillel (ed.) Dordrecht – Holland.
- PRIETO, L. (2001) *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España - Editorial de la Universidad Autónoma de Madrid.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2019) En: Asociación de Academias de Lenguas Españolas. Extraído de <<https://dle.rae.es/argumentar>> 17/01/2020 9:30 a.m.
- RAWLS, J. (1971). *“Teoría de la Justicia”*. Cuarta reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ, P. (200) Experiencia, tradición e historicidad. EN: A Parte Rei: Revista de Filosofía NRO. 24. 2002. Extraído de: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4060470>> 10/10/2013 10:54 a.m.
- ROXIN, C (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Madrid, Editorial Civitas.
- STERLING, J. (2017) *“La Argumentación jurídica en el Estado Constitucional - Hermeneútica y Argumentación Jurídica: límites a la discrecionalidad judicial”*. Lima - Palestra Editores.

TARSKI, A. (1944) *“Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen”*.

En: K. Berka y L. Kreiser (ed.) Logik-Texte. Kommentierte Auswahl zur Geschichte der modernen Logik. 4. Aufl., Akademie Verlag, Berlin, 1986, §1. [Originalmente publicado en 1936]; cfr. también Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik.

URQUIZO, J. (2000) El Principio de Legalidad. Lima, Gráfica Horizonte S.A.

VILLAVICENCIO, F. (2006), Derecho Penal, Parte General. Lima. Edit. Grijley.

WRÓBLEWSKI, J. (1974) *“Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”*. En: Rechtstheorie.

WITTGENSTEIN, L. (1988) *“Investigaciones filosóficas”*. Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, (1a ed. 1954).