

La motivación reforzada en el proceso

Motivation reinforced in the process

Rodrigo RIVERA MORALES

Resumen: El autor examina la motivación de las decisiones judiciales, en particular en aquellos supuestos en los cuales esta es más exigente al representar una garantía reforzada de los derechos fundamentales. **Palabras clave:** Motivación reforzada, derechos fundamentales, *ratio decidendi*. Recibido: 12-03-24. Aprobado: 16-04-24.

Abstract: *The author examines the motivation of judicial decisions, particularly in those cases in which it is more demanding as it represents a reinforced guarantee of fundamental rights.*
Keywords: *Reinforced motivation, fundamental rights, ratio decidendi.*

La motivación reforzada en el proceso

Rodrigo RIVERA MORALES*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 140, 2024, pp. 75-119.

SUMARIO: **Introducción** **1. La motivación como exigencia constitucional** **2. Estructura funcional de la motivación** **3. Ratio decidendi y obiter dicta** **4. Decisiones que afectan derechos fundamentales** **5. Motivación reforzada** **6. Situaciones de motivación reforzada** *6.1. En caso de afectación de derechos fundamentales* *6.2. En caso de fallo condenatorio en segunda instancia revocando el absolutorio de primera instancia* *6.3. En casos de testigos expertos* *6.4. En medidas cautelares decretando prisión preventiva* *6.5. En la elaboración de inferencias indiciarias como fundamento de condena* **Conclusiones**

Introducción

La motivación es una exigencia constitucional en casi todos los ordenamientos jurídicos de los países democráticos y constitucionales. Es una exigencia constitucional, en primer lugar, porque el acceso a ser oído implica una respuesta y esta debe ser conforme a la Constitución y el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la motivación implica el derecho de conocer lo que obra en contra y el derecho a recurrir, pues uno y otro se condicionan.

* **Universidad Católica Andrés Bello** (San Cristóbal-Venezuela), Abogado. **Universidad de Salamanca** (Salamanca-España), Doctor en Derecho. Profesor Universitario. Miembro del **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**. Miembro de la **Asociación Internacional de Derecho Procesal**. Miembro del **Instituto Procesal de Colombia**.

La motivación es una garantía puesto que se erige en la forma instrumental para legitimar que el poder del juez actúe racionalmente. Entendida la motivación en esta concepción como instrumento para evitar la arbitrariedad del Poder Judicial. Vale señalar que la motivación se configura como una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.

El deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer por qué se le sentencia. Se trata de un aspecto del debido proceso que configura para el ciudadano un derecho. No solo se ampara en el debido proceso, sino que forma parte de la tutela efectiva. El justiciable tiene que conocer exactamente por qué la sentencia obra en su contra, pues este conocimiento le permite fundamentar la impugnación de la decisión y solicitar su anulación o corrección. Tiene derecho a conocer qué se da o se tiene por probado en su contra.

Ahora bien, las decisiones judiciales no solo son aplicación normativa, pues están sometidas a unos valores y principios. De acuerdo a su finalidad procesal, algunas de ellas, sin ser definitivas, meramente provisionales, pueden afectar directamente los derechos fundamentales de diversa manera, otras afligen derechos en forma transversal afectando un derecho fundamental. Así pues, hay decisiones en que están en juego derechos materiales sustantivos, que afectan directamente en la persona, como en las penales o las administrativas sancionadoras, que, por su directa e intensa incidencia, deben exponer una motivación más exigente, como garantía reforzada de los derechos fundamentales.

En el presente artículo, vamos a tratar qué es la motivación razonada, cuál es el fundamento que la hace exigible en situaciones concretas de afectación de derechos fundamentales, y examinaremos algunas situaciones o hipótesis en las que la doctrina y jurisprudencia han empezado a insistir en la necesidad de un *plus* de motivación, sustentada en los valores y principios, especialmente, en el principio de proporcionalidad, obviamente, su vinculación con elementos fácticos que justifiquen la decisión.

1. La motivación como exigencia constitucional

Esta exigencia constitucional surge en Iberoamérica en la ola de constitucionalización, ubicándola como elemento del debido proceso (*exempli gratia*: Ecuador, artículo 76.7.1¹; Colombia, artículo 29; Perú, artículo 139; Venezuela, artículo 49; en España no se contempla en el debido proceso, existe norma específica artículo 120.3; en la interpretación el Tribunal Constitucional lo integra a las garantías del artículo 24 de la Constitución). Un análisis de la finalidad nos muestra varias dimensiones. Derecho, garantía y su conexión con el principio democrático. Además, se estatuye como un deber de los órganos actuantes (*vid.* artículo 120.3 de la Constitución española). Interpretamos que, al establecerse como derecho de las personas, es exigible, por tanto, como correlato un deber del órgano de exponer las razones de su decisión (ejemplo, artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución española). Exigencia que es mayor cuando se trata de intervenir derechos fundamentales o que produzcan agravio a un derecho y garantía procesal.

Es un derecho en cuanto la propia Constitución reconoce como derecho a conocer lo que obra en contra y por qué ha sido condenado. En este sentido, forma parte del derecho complejo del debido proceso, vinculándose directamente con los derechos: a ser oído (este es un derecho de reciprocidad: oír y alegar), y a la defensa, que implica el ejercicio activo de recursos e instrumentos que le permitan afirmar sus derechos.

En cuanto a la motivación como garantía se erige como la forma instrumental para legitimar que el poder del juez actúe racionalmente.

¹ Publicada en el *Registro Oficial* N.º 449, de 20-10-08. *Registro Oficial* N.º 653, del 21-12-15, artículo 76.7 «... I. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados».

Se entiende la motivación, en esta concepción, como instrumento para evitar la arbitrariedad del Poder Judicial. Vale señalar que la motivación se configura como una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos. Evidentemente, exigírsele al juez que dé las razones de su decisión lo obliga a actuar conforme a Derecho y no ser arbitrario. En esta orientación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en forma reiterada que una decisión no fundamentada es arbitraria².

En el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* deja asentados importantes criterios:

248. Para este Tribunal, una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como «la justificación razonada que permite llegar a una conclusión». En este sentido, la Corte ha considerado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente

² *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 12: Debido proceso (2022): pp. 145 y 146, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sent. de 22-11-05, Serie C N.º 135, párr. 216; caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sent. de 19-09-06, Serie C N.º 151, párrs. 120 y 143; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 21-11-07, Serie C N.º 170, párr. 107; caso *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo») vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 05-08-08, Serie C N.º 182, párr. 78; caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 01-07-11, Serie C N.º 227, párr. 118; caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo reparaciones y costas, sent. de 01-09-11, Serie C N.º 233, párr. 141; caso *J. vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27-11-13, Serie C N.º 275, párr. 224.

fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso, no solo del imputado sino, en casos como el presente, también de la persona privada de libertad en relación con su derecho de acceso a la justicia³.

Conecta el deber de motivar en el contexto democrático. Esto es que la motivación de las decisiones tiene como función democrática legitimar el órgano mostrando que actúa conforme el ordenamiento jurídico, pero, además, que el acto puede ser controlado por otras instancias y corregir los defectos, obviamente, en respeto al derecho de conocer que tiene el justiciable y ejercer su participación mediante el recurso de impugnación conforme a la ley. Compartimos el criterio de ACCATINO, que el deber de motivación se vincula a la legitimidad de la función jurisdiccional, indicando «la nueva concepción de su legitimidad en un Estado democrático de Derecho: el de vinculación del juez a la ley, el de publicidad y el de proscripción de la arbitrariedad»⁴.

Otro aspecto importante de esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la exigencia del principio de exhaustividad, en el sentido del deber de examinar y dar respuesta a todos los alegatos y al examen de las pruebas practicadas.

³ CIDH, caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, sent. de 29-02-16, párr. 248, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

⁴ Daniela ACCATINO, «La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía» en *Manual sobre derechos humanos y prueba*, coord. P. ROVATTI (México D. F.: Suprema Corte de Justicia, 2021), p. 270.

El deber de los jueces de motivar sus decisiones como exigencia constitucional brota de la esencia misma del Estado de Derecho constitucional, en específico de los principios que lo orientan; en concreto: el principio de legalidad, mantener el imperio de la ley, que obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos a someterse al ordenamiento jurídico subordinado a la Constitución como norma suprema (*vid.* artículo 7 de a Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículo 9 de la Constitución española; artículo 4 Constitución de Colombia). Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueren planteados. Las decisiones de los jueces deben estar fundadas en Derecho, lo que implica que siempre podrán cumplir esa obligación⁵. Esto significa que en Derecho siempre se encuentra una solución, al menos, para cualquier problema planteado (*vid.* artículo 19 del Código de Procedimiento Civil venezolano, artículo 37.8 del Código de Procedimiento Civil colombiano). El juez debe dictar sentencia en todo caso que conozca.

Por corolario, por las razones expuestas, el deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer por qué se le sentencia. De manera, que la motivación no es un asunto formal, sino que atiende a derechos reconocidos constitucionalmente; por tanto, la exigencia de la motivación está sometida a la supremacía constitucional.

Su vinculación como garantía es al debido proceso. En este sentido, se parte de fijar que el deber de motivación del juez está correlacionado con el debido proceso formando parte de él en su estructura compleja⁶. Si en la actualidad partimos de la base de que el deber de motivación deriva del derecho al debido proceso y este se edifica como un derecho procesal fundamental, confiriéndole al proceso un carácter sustancial y no

⁵ Eugenio BULYGIN, «Los jueces ¿crean Derecho?», *Isonomía* 18 (2003): p. 9.

⁶ Osvaldo GOZAÍNI, *Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano* (Buenos Aires: La Ley, 2014), t. I, p. 709.

meramente adjetivo, lo cual se manifiesta en la constitucionalización de las garantías procesales y de las garantías judiciales.

Así las cosas, la debida motivación debe garantizar el principio-norma del debido proceso como expresión del principio de tutela procesal. En tal sentido, es deber de quienes administran justicia, o tienen como función decidir, desplegar una declaración clara y sistemática de los fundamentos de hecho y Derecho que les sirven de apoyo y los que confirman su decisión. En consecuencia, la ausencia de razonamientos válidos y sólidos pone de manifiesto falta de motivación o justificación lo que implica quebrantamiento constitucional. Encontramos en la doctrina constitucional⁷ que una decisión no está suficientemente motivada en Derecho, cuando: a. carencia de absoluta motivación, b. razonamiento arbitrario, irrazonable e ilógico o en error ostensible, c. cuando no se cumple con la motivación reforzada en afectación de derechos fundamentales, y d. si el juez no ha realizado el control constitucional y legal.

La ausencia de motivación constituye causa de nulidad de la sentencia al infringir el derecho constitucional al debido proceso y la tutela judicial. También, implica un quebrantamiento a valores constitucionales, como es el de seguridad jurídica, entendida esta como la determinación de un ámbito de certeza en relación al Derecho, de saber a qué ajustarse, tanto en las relaciones entre los ciudadanos y el poder, a fin de defendernos de los excesos o arbitrariedades.

2. Estructura funcional de la motivación

Normalmente, la estructura de la motivación se entiende como los componentes que la integran, algunos hablan de los elementos o requisitos

⁷ Alberto DEL REAL ALCALÁ, «Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas», *Anuario de Filosofía del Derecho* 39 (2023): pp. 281-314, <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/10155>.

internos y externos⁸, otros asumen el contexto de justificación y contexto de descubrimiento⁹. Por lo general, en los textos procesalistas, presentan la estructura bajo lo normativo formal de la sentencia. Por ejemplo, identificación del tribunal, identificación de las partes, síntesis clara de los hechos y controversia, los motivos de hechos y derecho de la decisión y el dispositivo (artículo 243 del Código de Procedimiento Civil venezolano).

Observamos que no es pacífica la idea de la funcionalidad de la motivación. Para unos, es la exteriorización del *iter* lógico que conduce al juez a su decisión; para otros, la motivación solo pretende justificar las razones que fundamentan una determinada solución mediante razonamientos y argumentos racionalmente válidos. La jurisprudencia ha tratado de conciliar esos criterios expresando que no solo debe satisfacer la tutela efectiva, sino, sobre todo, explicar las razones que llevan al tribunal a emitir esa resolución¹⁰.

⁸ Por todos, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Requisitos internos de la sentencia civil* (Madrid: Dikynson, 2021), p. 77.

⁹ Ana NETTEL, «La distinción entre el contexto de descubrimiento y contexto de justificación y la racionalidad de la decisión judicial», *Isonomía* 5 (1996): pp. 107 y ss.

¹⁰ En España, TC sent. N.º 5, de 17-01-00 –BOE N.º 42, de 18-02-00–, dice: «La necesidad de que los fundamentos de las resoluciones judiciales sean patentes, fácilmente discernibles o explícitos es mayor cuando se conecta, no solo a la tutela judicial efectiva, sino también a otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras); de manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo –presunción de inocencia– y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad como en el caso origen de la demanda de amparo, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica», <https://hj.tribunalconstitucional>.

Hay uniformidad en la doctrina en considerar que las funciones no son una sola, sino que son varias, destacándose las de carácter interno, de índole político y las extraprocesales.

Las funciones internas van dirigidas al seno del sistema judicial en su ejercicio jurisdiccional, lo que permite a las partes conocer las razones de hecho y jurídicas de la decisión y posibilitan a los tribunales superiores, en los casos de que se haya implementado recurso contra la decisión, comprobar la legalidad y racionalidad del fallo impugnado.

En cuanto la función extraprocesal, esta consiste en reconocer que los justiciables, en general, los ciudadanos no afectados por la decisión judicial, verifiquen la racionalidad y ejerzan, si bien de carácter difuso, las resoluciones judiciales en función de la seguridad jurídica, además, vinculado al principio de publicidad¹¹. En efecto, el incumplimiento del deber de motivación, o su cumplimiento defectuoso, no solo suponen un vicio interno de la resolución, comprometedora de su validez, sino que asimismo forman una fuente de inseguridad jurídica.

es/es-ES/Resolucion/Show/3989. En Venezuela: TSJ/SP, sent. N.º 301, de 16-03-00, «En el sistema de la sana crítica, no basta que el juez se convenza así mismo, y lo manifieste en su sentencia, es necesario que, mediante el razonamiento y la motivación, el fallo tenga la fuerza de demostrar a los demás la razón de su convencimiento, basado este en las leyes de la lógica, los principios de la experiencia, y los fundamentos científicos de la determinación judicial, y cuya inobservancia, por parte de los jueces de mérito, amerita la censura de casación». *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1816, de 30-11-11, «La tutela efectiva requiere respuestas de los órganos de administración de justicia, que estén afinadas en motivos razonables».

¹¹ *Vid.* CIDH, caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua, sent. de 08-03-018: «257. Ahora bien, la Corte estima pertinente precisar que la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía».

En cuanto a las razones políticas, están vinculadas con el sistema político que sustenta el Estado de Derecho, como es la democracia constitucional. La relación entre motivación judicial y democracia tiene que ver con la transparencia, la justicia, la participación, ya que la soberanía no es del Estado, sino que radica en el pueblo –soberanía popular (artículo 5)–, que es en nombre de quien se ejerce la potestad jurisdiccional. Por otro, la racionalidad conforme a Derecho y la transparencia en la decisión confieren legitimidad democrática del juez en la sociedad y en el Estado constitucional. Todos los poderes públicos están subordinados a la Constitución (artículo 7 de la Constitución venezolana) y al resto del ordenamiento jurídico, lo cual, evidentemente, tiene que reflejarse en todas sus actuaciones.

Ahora bien, debe saberse que la decisión final es producto de muchas decisiones anteriores (parciales o fraccionales) en el *iter* de la construcción de la decisión final, vale decir que la decisión final es una suma de decisiones intermedias sobre aspectos que integran la sentencia como un todo. Estas decisiones parciales, necesariamente, influyen y afectan determinadamente el sentido de la decisión final porque son parte de ella misma (ejemplos: dar credibilidad a un testigo, determinación de hecho probado, etc.). En este sentido, la exigencia de motivación conlleva que el juez muestre el camino de construcción de la sentencia, indicando el procedimiento y método en cada paso, pues tales pasos son controlables en tanto deben obedecer a un criterio de logicidad y racionalidad. Pues, no basta que la decisión final se muestre justa o aceptable, es exigible, también, que cada fragmento o paso que conforman la formación de la sentencia deba mostrar su propia coherencia. Imaginemos que se decide dar crédito al informe pericial carente de fundamentación y sin aparato demostrativo, solo con base en la presencia de título profesional del perito o que se dé por probado un hecho sin acreditación probatoria, o no aplicar una norma vigente por considerarla derogada, todo ello, evidentemente, tiene peso en la decisión final.

Vamos a tomar como conformación estructural de la motivación las dos etapas en la formación de la sentencia: contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Son dos conceptos prestados a la filosofía de la ciencia¹². Según REICHENBACH, en el contexto de descubrimiento se aluden a cuestiones relacionadas con la forma en que generamos nuevas ideas o hipótesis en ciencia, mientras que en el contexto de justificación se refiere a los criterios que dichas hipótesis deben satisfacer para ser aceptadas en el *corpus* científico. Posteriormente, POPPER¹³ insistió que las cuestiones que se puedan originar en el contexto de descubrimiento (esto es, en la forma en cómo se efectúan los descubrimientos científicos) se discurrían irrelevantes para el filósofo, debido a que no apuntaban a materias epistémicas y lógicas, sino principalmente psicológicas o sociales.

De la concepción de POPPER se infiere que las cuestiones de hecho no tienen relevancia para la justificación de las teorías, *mutatis mutandis*, aplicable esta idea a la justificación de la decisión judicial. Teoría que ha afectado la doctrina sobre la motivación de la sentencia, pues, en cierto sentido, en los procesalistas cayeron en el abandono del análisis de los hechos y justificar cuando se da por fijado un hecho. El procesalismo, por ende, los operadores jurídicos, se preocuparon más por el normativismo.

En los últimos 40 años, se ha empezado a señalar la importancia de los hechos en la sentencia, especialmente, TARUFFO¹⁴ ha demostrado como imprescindible en la formación de la sentencia la reproducción de los hechos. Ya CARNELUTTI había planteado esa cuestión; en efecto, este se preguntaba, criticando la falta de juicio de los juristas sobre los hechos,

¹² Ramón BÁRCENAS, «Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica», *Acta Universitaria* 12-2 (2002): pp. 47-58, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41600206>.

¹³ Karl POPPER, *La lógica de la investigación científica* (México: Red Editorial Iberoamericana, 1996), pp. 30 y 31.

¹⁴ Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), pp. 21-23.

«¿cómo es posible que en la fórmula del hecho jurídico fundada en el binomio «hecho» y «derecho» se contenten los juristas con elaborar el segundo término y no se preocupen del primero?»¹⁵.

Debe tenerse presente que el juez, para realizar la selección normativa aplicable, sea en las decisiones parciales o final, debe tener una lectura de los hechos, pues, para elegir la norma, debe tener un referente factual, es imposible elegir norma sin tener hechos determinados, pues la consecuencia jurídica se aplica si se da el supuesto jurídico (fáctico) de la norma.

¿Cuáles hechos? En el proceso, sea civil o penal, bien en la demanda o contestación, bien en la acusación o defensa, sean alegados unos hechos, por lo general, hay disparidad, ya que los hechos admitidos no son objeto de prueba, de manera que el debate va a versar sobre hechos controvertidos. Es posible que en ese debate probatorio los hechos probados presenten disparidad, por ejemplo, los hechos alegados por el demandante con el resultado probatorio. O los hechos probados en proceso penal no coinciden totalmente con los alegados por la acusación¹⁶. En estos casos, evidentemente, su referente fáctico son los hechos que han quedado probados.

Desde esta perspectiva vamos a señalar que el juez en el proceso debe develar qué hechos pueden declararse probados. Este conocimiento lo alcanza a través de los medios probatorios, evidentemente, en el marco de contexto cultural, bien en la interpretación de los datos empíricos, ya en las inferencias que elabore aplicando máximas de experiencia.

¹⁵ Citado en Rodrigo RIVERA MORALES, *La prueba: análisis racional y práctico* (Madrid: Marcial Pons, 2011), p. 37.

¹⁶ Es posible que se hayan acreditado hechos de un tipo penal diferente a la acusación. En los ordenamientos jurídicos hay varias soluciones: i. sobreseimiento por los hechos de la acusación, ii. que el fiscal inicie juicio sobre esos hechos, iii. suspender el juicio y dar oportunidad al imputado para defensa sobre esos hechos. Esta es la forma adoptada en Venezuela en el artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido, esto puede tomarse como contexto de descubrimiento (algunos autores hablan de contexto decisorio o contexto de decisión¹⁷), puesto que en ese proceso de conocimiento el juez, en medio de su incertidumbre sobre los hechos, determina qué hecho y por qué debe darse como verdadero (probable).

Asumimos la teoría cognoscitivista de la prueba¹⁸ y compartimos los criterios de FLECK¹⁹, quien expresa que epistemológicamente no es posible dejar de lado el contexto en que se produce el conocimiento; en nuestro campo de la formación de la sentencia, sería el contexto de razonamiento judicial acerca de los hechos. Debemos recordar que en el proceso judicial aparecen datos empíricos, datos percibidos y datos interpretados (por ejemplo, la interpretación de datos empíricos por el peritaje al aplicarles los conocimientos de su *lex artis*). No cabe duda de que el conocimiento de un hecho depende del contexto y metodología en el que se produjo (ejemplo: un hecho narrado por un testigo, pasa por la forma que se rindió esa declaración y los elementos que permiten darle fiabilidad o credibilidad).

Hay que señalar que hoy día la mayoría de ordenamientos jurídicos adoptan como valoración de la prueba el sistema racional –en Iberoamérica, la sana crítica– lo que supone un método y que sus resultados deben

¹⁷ Tecla L. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali* (Torino: G. Giappichelli Editore, 1996), <https://www.giappichelli.it/forme-di-razionalita-delle-decisioni-giudiziali-e-book-9788834829219>.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 86, «en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella». También, Marina GASCÓN A., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid: 3.ª, Marcial Pons, 2010), p. 47.

¹⁹ Ludwig FLECK, *La génesis y desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del estilo y del colectivo del pensamiento* (Madrid: Alianza Editorial, 1986), p. 69.

justificarse con base en la lógica, máximas de experiencias²⁰ y el método científico que sea adecuado con el objeto de conocimiento que sea parte del debate. De manera que la demostración de los hechos que se dan por probados parte de que las inferencias deben ser argumentadas. No hay duda de que la motivación de las premisas fácticas permite la demostración de la racionalidad en la valoración de los medios de prueba. Obviamente, no se niega la problemática en torno a la validez de las inferencias inductivas, ni tampoco qué garantía existe de que una observación empírica sea confiable.

Ahora bien, el segundo aspecto es la justificación. El concepto «justificación» tiene un matiz más fuerte que motivar, es concebido no solo como las antecedentes simples del fallo, sino como las razones mismas que simbolizan la justicia. En la expresión «justificar» están implícitas las razones de justicia que llevaron a tomar una decisión y no solo las razones legales o derivaciones de la decisión (análisis completo individual e integral con relación al proceso y los alegatos de las partes²¹), que desde otra vista serían como la explicación trivial de la decisión. Entonces, puede indicarse

²⁰ Las generalizaciones empíricas conforman la base o estructura nuclear del razonamiento probatorio inferencial en el sistema de valoración racional y sus dos formas: máximas de experiencia y conocimientos científicos, desempeñan el mismo rol, son regularidades que vinculan (determinar el nexo) los elementos de prueba existentes con una hipótesis sobre los hechos, de modo que permiten pasar del dato conocido (hecho indicante) al dato desconocido (hecho por probar). Las máximas de experiencia (TARUFFO explica que pueden ser de diferente tipo según su legitimidad de regularidad y formación), su fundamento no corresponde a una ley de carácter universal (ley científica), sino que manifiestan puntualidades empíricas que crean relaciones de probabilidad. Esto es, que, conforme a nuestra experiencia pasada, si las pruebas tienen validez, es probable que también lo sea la hipótesis. El problema es cómo ocurre la selección de la máxima de experiencia. *Vid.* Michele TARUFFO, «Consideraciones sobre las máximas de la experiencia», en *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2009), pp. 63-92.

²¹ ACCATINO, «La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía», pp. 291 y 292.

que la justificación de la decisión judicial sería la argumentación que se proporciona como sostén de una situación en un contexto de controversia.

Evidentemente, la decisión judicial es un acto procesal jurisdiccional, lo cual implica que ese acto debe cumplir los presupuestos que la ley asigna (competencia, forma procesal, valoración, entre otros), pero ese acto conlleva una consecuencia, la cual se expresa en el contenido del acto²². Allí están volcadas las razones por las que se emitió el acto en ese sentido; evidentemente, viene determinada por la primera fase, pues la fijación de los hechos se establece como premisas fácticas. Esto nos plantea que una justificación correcta (debe ser lógica y racional la valoración, y la selección normativa conforme a Derecho), difícilmente, podría conducir razonablemente a una decisión injusta (indudablemente involucra un control de la aportación de los hechos y legitimidad de los medios probatorios). Está claro que el hecho de que el acto esté justificado porque se cumplieron las normas positivas que regulan el acto no garantiza que el contenido esté justificado, tiene que existir coherencia entre los resultados del acto con el contenido de la decisión como norma individual (que las premisas fácticas sean consideradas verdaderas). Entonces, la exigencia es exponer las razones por las que se toman como verdaderas esas premisas (inferencia probable) y que tales hechos se subsumen en el supuesto fáctico de las normas aplicables. La justificación debe posibilitar el control externo; en este sentido, no debe ser meramente descriptiva de cómo se llegó allí, sino exponer las razones que justifican la asunción de los hechos y la selección normativa²³.

En razón de los valores que hoy se propugnan en las constituciones iberoamericanas conjuntamente con acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos, la intervención de estos es de reserva legal

²² Jordi FERRER B., «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», *Isonomía* 42 (2011): p. 103.

²³ *Ibíd.*, p. 105.

y judicial. Esto implica que la decisión, en estos casos, no solo se debe fundamentar la decisión conforme a la ley, sino que debe fundarse en la ley que autoriza, el alcance que prevé la ley, la aplicación del principio de proporcionalidad y su conformidad con la interpretación constitucional y convencional.

Finalmente, sobre este epígrafe, debemos manifestar que en respeto al acceso de justicia del justiciable la decisión debe expresarse en lenguaje claro que haga entendible lo decidido. La falta de accesibilidad en los procesos judiciales y la carencia de explicación en formatos asequibles establecen muros que pueden afrontar las personas. Se trata de que sea posible, que el contenido de la sentencia, leerlo y entenderlo por todas las personas legas en el tecnicismo jurídico. Se ha propuesto que se asuma el método de lectura fácil. Se dice (por los especialistas) que: «En específico, la lectura fácil es una herramienta para fomentar la accesibilidad cognitiva, definida como “las características que tienen las cosas, los espacios o los textos que hace que los entiendan todas las personas”»²⁴.

Por otra parte, en función de la seguridad jurídica, a la finalidad de la sentencia se le agrega la uniformidad, buscando crear un clima de confianza en el tráfico jurídico, y en la relación de los destinatarios del Derecho con el sistema jurídico y el poder, se ha venido apelando en Iberoamérica a la idea de la función de la jurisprudencia de unificar la interpretación de la ley a través de asentar la doctrina probable y el precedente judicial. Por ello, consideramos oportuno tratar los aspectos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

3. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*

Hemos observado en Colombia, en la Escuela de Formación Judicial «Lara Bonilla» y en las cátedras de procesal, trabajar el análisis jurisprudencial

²⁴ Vid. *Guía para elaborar sentencias*, D. SUÁREZ DE LOS SANTOS, coord. (México D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), p. 2.

a través de la «línea jurisprudencial»²⁵. Esta, normalmente, en España —general en Europa—, se denomina «doctrina jurisprudencial» la emanada de los tribunales constitucionales con carácter vinculante²⁶.

En páginas anteriores, hemos manifestado que la motivación, en forma sencilla, es presentar en el pronunciamiento decisorio las razones o causas que han conducido o que fundamentan al juez o tribunal para resolver de la forma que lo han hecho lo sometido a su decisión; esto es, mediante la locución latina, la *ratio decidendi*, que son los argumentos utilizados por el juez en la parte motiva o considerandos de la estructura de la sentencia.

La importancia de la *ratio decidendi* no solo reside en cuanto a la contingencia de poder controlar la argumentación jurídica del juez, sino que, posiblemente, esta puede tener una relevancia *a posteriori*, pues, lo mencionado en la decisión, puede formar un precedente jurisprudencial vinculante de obligatoria aplicación para todos los jueces en casos análogos.

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias en el Derecho anglosajón (*Common law*) se conviene con dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*²⁷. En el sistema anglosajón, el elemento vinculante es la *ratio decidendi*, que es la «razón de la decisión». Debemos, antes de ir al fondo del significado de *ratio decidendi* en la doctrina inglesa del precedente, develar la importancia del mismo. Puede ser entendido como la forma en que resuelven los jueces los casos con base en seguir

²⁵ Diego E. LÓPEZ M., *El derecho de los jueces* (Bogotá: 7.ª reimp. 2.ª, Universidad de Los Andes-Legis, 2009), p. 62.

²⁶ Ricardo RIVERO O., «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho», *Revista de Administración Pública* 157 (2002): pp. 89 y ss. El autor hace un análisis del estado de la cuestión y hace una distinción entre jurisprudencia y doctrina legal.

²⁷ *Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal* (México D. F.: UNAM, 2014), p. 1087.

lo resuelto en casos análogos anteriores, se aplica el *stare decisis*, que es el principio que significa adherirse a los casos resueltos.

La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta la resolución del caso concreto, este elemento de la decisión judicial es el único que tiene fuerza en un precedente, en virtud de ser el principio normativo subyacente y que constituye la razón base de la decisión del caso. Así que el *ratio decidendi* es el principio obligatorio para casos posteriores, tanto horizontal como para los jueces inferiores (vertical).

Debe entenderse que ese principio normativo no es vinculante sobre los hechos, sino solamente el razonamiento judicial en que se basó el juez para resolver el caso. En realidad, la distinción entre los hechos y el razonamiento normativo es compleja, requiere preparación; además, debe distinguir entre los razonamiento relevantes y secundarios o no relevantes, puesto que un falso o descuidado análisis puede conducir a errores y equivocadas aplicaciones o generar consecuencias jurídicas funestas en casos posteriores.

Advertimos que, por lo general, hay dificultad en identificar la *ratio decidendi* en virtud de estar mezclada con argumentos secundarios que constituyen, propiamente, enunciados que conforman el *obiter dictum*. Se trata de descubrir la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas, pues allí es donde reside el razonamiento resolutorio del juzgador en el caso a su conocimiento y decisión. Allí se pone en evidencia la forma o como el juez deduce los hechos bajo su juicio, labor de discernimiento cognoscitivo.

Así las cosas, debemos entender que el *obiter dictum* no es esencial para la decisión. El *Diccionario panhispánico jurídico* español nos dice: «Cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para

corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada»²⁸. En *Oxford reference* se define en los siguientes términos:

*Something said by a judge while giving judgment that was not essential to the decision in the case. It does not form part of the ratio decidendi of the case and therefore creates no binding precedent, but may be cited as persuasive authority in later cases*²⁹.

La expresión de *obiter dictum* puede traducirse en español como «dicho de paso». En sentido técnico, hace referencia a aquellos argumentos enunciados en la parte considerativa, a manera de ideas secundarias que explican, corroboran o dan fuerza a la decisión principal, pero carecen de efecto o poder vinculante, puesto que su función es meramente complementaria. Criterios o reglas para la interpretación de la *ratio decidendi*³⁰:

- i. No todo lo manifestado en las sentencias ni todas las sentencias establecen un precedente. Por lo general, la mayoría de casos que van a tribunales la controversia reside en los hechos y no en cuestiones de Derecho. Hay precedente cuando se trata de interpretar el alcance de una norma y la afectación de un derecho o garantía.
- ii. Entre las proposiciones de Derecho esgrimidas por el juez solo pueden considerarse parte de la *ratio decidendi* únicamente aquellas proposiciones que sean necesarias para fundamentar la decisión.

²⁸ Vid. <https://dpej.rae.es/lema/obiter-dictum>.

²⁹ Trad. Algo dicho por un juez al dictar sentencia que no fue esencial para la decisión del caso. No forma parte de la *ratio decidendi* del caso y, por tanto, no crea ningún precedente vinculante, pero puede citarse como autoridad persuasiva en casos posteriores. <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100243515>.

³⁰ LÓPEZ M., *El derecho de los jueces*, pp. 273 y ss.

iii. El juez que esté obligado a seguir un precedente debe aplicar la *ratio decidendi* del caso análogo anterior, salvo que fundamente que los casos son real y razonablemente diferenciables.

Es importante tener presente que no hay que confundir el precedente constitucional o efectos de la sentencia constitucional con otras figuras, como la doctrina legal, la triple reiteración de la Suprema Corte o del precedente judicial en donde, se ha reconocido, hay diferencias claras³¹:

a. El constitucional trata en su razonamiento problemas relativos a la constitucionalidad en caso de que pueda existir colisión o vulneración de principios constitucionales o de derechos fundamentales, mientras que la formación de la *ratio decidendi* se forma a partir de un problema de legalidad.

b. Los efectos de la decisión constitucional son más complejos, pueden tener carácter vinculante, efecto *erga omnes* y cosa juzgada. El precedente es un parámetro de interpretación para la judicatura, órganos estatales y usuarios del sistema jurisdiccional.

c. El precedente constitucional usa el método inductivo, parte de un caso particular concreto comparando sistemáticamente con sus criterios de interpretación relacionando con los parámetros de interpretación de pronunciamientos anteriores. Además, construye reglas concretas para resolver un problema jurídico; adicionalmente, desarrolla o interpreta normas constitucionales. Mientras que el precedente judicial es de carácter silogístico, busca la reiteración formal de un criterio idéntico o similar, para hacer un criterio general de interpretación judicial.

³¹ Merck BENAVIDES BENALCÁZAR, «La *ratio decidendi* y la *obiter dictum* en el actual sistema de justicia penal», en *Ratio Decidendi Obiter Dicta*. Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013 (Quito: CNJ, 2014), p. 37.

Por otra parte, el Tribunal o Corte Constitucional es reconocido como el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional y el máximo intérprete de la Constitución, al que corresponde encaminar o gestionar la unificación de la jurisprudencia sobre los derechos y garantías fundamentales, mientras que la Suprema Corte o Tribunal Supremo persigue la supremacía de la ley y generar precedentes que unifiquen la interpretación del Derecho en sus diferentes materias.

En Venezuela, tenemos un sistema mixto de control constitucional. Así, los jueces en aplicación del control difuso pueden inaplicar una norma o interpretarse de alguna forma, pero siempre la última palabra la tiene la Sala Constitucional, pues el máximo intérprete es la Sala Constitucional. CASAL³², haciendo alusión a la forma como solucionan los problemas los tribunales constitucionales, manteniendo equilibrio entre los poderes, expresa que pueden darse lo que los italianos llaman las «sentencias constitucionales manipulativas», bien determinan cómo puede ser interpretada la norma para armonizarla con la Constitución, bien agregan (aditivas) o quitan o sustituyen una palabra para armonizar con la Constitución; obviamente, hay sentencias que excluyen la norma del sistema jurídico o, también, declaran la inconstitucionalidad haciendo un llamado al legislador para su adecuación.

Lo importante es examinar, en el caso venezolano, en la jurisprudencia, si esa decisión es de naturaleza constitucional, cuál es su carácter (vinculante) y qué efectos tiene previsto por el juzgador. En las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, si bien no existe el precedente, debe examinarse en caso similar o análogo la *ratio decidendi* anterior, para observar cuáles son los criterios establecidos en función de la uniformidad del Derecho.

³² Jesús M. CASAL, *Constitución y justicia constitucional* (Caracas: UCAB, 2004), p. 324.

Ahora bien, en la decisión judicial se aplican métodos, así como la ideología que orienta o subyace en la interpretación. El juzgador emplea métodos o criterios de interpretación para dar el significado concreto a las normas seleccionadas para construir la sentencia en relación con los hechos del caso enjuiciado. Esta interpretación consiste en determinar si los supuestos de hecho (supuesto jurídico) de las normas seleccionadas coinciden (relación de identidad) con los hechos dados por probados, a fin de proceder, si es dada la subsunción, a aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma. Es indubitable que la preferencia de un método de interpretación dependerá de la concepción ideológica del juez, ello explica en cierto modo que en casos similares se lleguen a soluciones diferentes.

En este sentido, es conveniente diferenciar interpretación y argumentación. La interpretación surge con la aplicación de los métodos interpretativos utilizados por el juez, que provee una solución al caso, mientras la argumentación suministra la justificación a la solución encontrada. Señala ATIENZA que: i. argumentar es siempre una acción relativa al lenguaje, por la necesidad de dar razones, cuando se defiende o combate una tesis; ii. una argumentación presupone siempre un problema, cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas; iii. una argumentación supone un proceso, una actividad, como el producto o resultado que está comprendida entre la premisa y la conclusión, y iv. argumentar es una actividad racional, orientada a un fin y en el que hay criterios que evaluar³³.

Finalmente, podemos indicar que *ratio decidendi* y *obiter dictum* enseñan al juzgador actuar con nitidez y conocimiento de causa, certificando siempre la igualdad, como un principio fundamental en un Estado social democrático de Derecho y justicia³⁴.

³³ Manuel ATIENZA R., *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), p. 108.

³⁴ Rupert CROSS y J. HARRIS, *El precedente en el Derecho inglés* (Madrid: Marcial Pons, 2012), p. 64.

En la doctrina jurisprudencial se ha venido estableciendo el criterio que hay situaciones en las cuales en la *ratio decidendi* debe incluirse una razón reforzada sobre lo excepcional del dispositivo de la decisión, por ejemplo, en caso de que la decisión esté vinculada a derechos fundamentales.

4. Decisiones que afectan derechos fundamentales

Como indicamos en páginas anteriores, la motivación es una exigencia constitucional en una doble dimensión; por un lado, es un deber del juzgador, pero, también, es un derecho de las partes. Esto significa que es controlable judicialmente. En España, en un caso en el que se reclamaba la inconstitucionalidad de una norma, el juez inadmitió simplemente expresando «que la pretensión de planteamiento de la citada cuestión carecía de todo fundamento legítimo, pues aspiraba a imponer el ejercicio de una facultad atribuida a los jueces y tribunales por el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. El Tribunal Constitucional español³⁵ señaló ante recurso de amparo:

El que, esta potestad de los jueces y tribunales, esté configurada de manera exclusiva no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las sentencias tiene rango constitucional (artículo 120 de la Constitución española)» (STC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3).

Más adelante, agrega el Tribunal Constitucional español:

No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria.

³⁵ TC, sent. N.º 222, de 02-11-15 –BOE N.º 296, de 11-12-15–.

Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo.

Evidentemente, la preocupación del Tribunal Constitucional español es la interdicción de la arbitrariedad y que se exponga con claridad el contenido jurídico de la decisión. El Tribunal Constitucional, en especial, sobre los derechos fundamentales, manifiesta: «otorga un especial protagonismo a los tribunales ordinarios, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico»³⁶. Por ello, ha establecido el requisito del test de motivación reforzada, que la doctrina jurisprudencial constitucional ha reservado para las decisiones que afectan a derechos fundamentales y para algunas otras que limitan garantías³⁷.

En síntesis, respecto a la doctrina que se ha venido desarrollando sobre la motivación reforzada, concretamente el Tribunal Constitucional español ha dicho:

Como se acaba de exponer, las exigencias de justificación y motivación de la medida se ven reforzadas cuando se está limitando el contenido de un derecho fundamental, exigencias que no se satisfacen con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial, pues el deber de

³⁶ TC, Sala Primera, sent. N.º 102, de 21-09-20, Rrecurso de amparo 2037-2018 –BOE N.º 289, de 02-11-20–.

³⁷ Manuel CARRASCO D., «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de Derecho Político* 107 (2020): p. 30, «Otros supuestos que llevarían al Tribunal Constitucional a aplicar el test de motivación reforzada serían: aquellos en los que se tratase de desvirtuar la presunción de inocencia; que atañeran a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; o en los que el juez se apartase de sus precedentes».

motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales «no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, en relación con el artículo 120.3 de la Constitución española)», sino en la protección del derecho sustantivo, lo que implica que «la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo»³⁸.

5. Motivación reforzada

Se puede expresar que la motivación reforzada es aquella en la que el tribunal está exigido de una explicación suficiente en aquellas decisiones que afectan derechos fundamentales sustantivos. Con base en ello, la motivación insuficiente, en el sentido de la explicación porque se interviene el derecho fundamental o afecta derechos sustantivos, acorde con la jurisprudencia española se entiende que hay vulneración de dos derechos fundamentales: el relativo a la tutela efectiva y el derecho sustantivo³⁹.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha clarificado sobre la motivación:

Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente

³⁸ TC, sent. N.º 96, de 07-05-12 –BOE N.º 134, de 05-06-12–. Vid. «TC, sents. N.ºs 128/1995, 158/1996, 181/1995 y 54/1996, todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (TC, sent. N.º 158/1996)» (TC, N.º 207, de 16-12-96, FJ 4).

³⁹ Vid. TC, sents. N.ºs 37, de 28-04-11; 96, de 07-05-12 –BOE N.º 134, de 05-06-12–.

legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso⁴⁰.

De lo expuesto, debemos señalar que la motivación reforzada es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y derechos sustantivos, exigiéndose, en caso de afectación, un *plus* en la razón de decidir, obviamente, en argumentos que justifiquen la decisión. Es claro que la afectación puede ser directa o indirecta. A manera de ejemplo, citamos fallo N.º 2/2024 del Tribunal Constitucional español:

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la Constitución española y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales». Se trata, por tanto, como indica el fundamento jurídico 5 de la misma sentencia, de un canon «reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la Constitución española»; de modo que la fundamentación judicial «debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir⁴¹.

⁴⁰ SCJ, Pleno, tesis N.º P./J. 20, de 01-04-09, <https://vlex.com.mx/vid/jurisprudencial-pleno-jurisprudencia-58130520>.

⁴¹ TC, Sala Primera, sent. N.º 2, de 15-01-24 –BOE N.º 45, de 20-02-24–.

De manera que la aplicación de la doctrina constitucional, en parte transcrita, se conecta con la exigencia de motivación reforzada con el derecho a la tutela efectiva judicial con relación al interés o derecho fundamental que sea quebrantado; en la citada sentencia, es referente al interés superior del niño.

6. Situaciones de motivación reforzada

En forma apretada, en este subtítulo, vamos a tratar algunas situaciones que la jurisprudencia ha venido exigiendo un *plus* o motivación reforzada, por considerar que subyacen derechos fundamentales que pueden ser afectados, especialmente, desde la óptica de la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. Consideramos que la motivación reforzada es una garantía para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades. Preciso que debemos advertir que esta exigencia de motivación reforzada no es únicamente exigible a los órganos jurisdiccionales, alcanza también a aquellas autoridades que resuelven situaciones jurídicas en las que se afectan libertades y derechos fundamentales, por ejemplo, procedimientos administrativos⁴².

6.1. En caso de afectación de derechos fundamentales

En las constituciones iberoamericanas encontramos que existen un sistema de garantías y mecanismos que protegen los derechos fundamentales, siendo su intervención excepcional y de reserva legal y judicial (salvo en Colombia que hay actos de investigación que pueden decretar

⁴² TC, sent. N.º 201, de 28-11-16 –BOE N.º 7, de 09-01-17–. *Vid.* también, TC, Sala Segunda, sent. N.º 81, de 16-07-18, recurso de amparo 2119-2013 –BOE N.º 199, de 17-08-18–, «Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3, y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (artículo 15 de la Constitución española)».

la Fiscalía), previéndose un conjunto de requisitos, límite a su intervención y garantías, de manera que el cumplimiento estricto de estos allanará que esa afectación no se transforme en vulneración.

Las constituciones modernas iberoamericanas, la vinculación a los derechos fundamentales se maneja a partir de una doble vertiente. En primer lugar, las constituciones establecen una vinculación negativa a los derechos fundamentales, disponiendo el deber de abstenerse de cualquier actuación que quebrante la Constitución, lo que incluye a los derechos fundamentales (ejemplo: Colombia: artículos 4 y 29; España: artículo 91 o Venezuela: artículos 7, 25 y 29). En segundo lugar, existe una vinculación positiva a los derechos fundamentales: el artículo 53.1 de la Constitución española establece de modo expreso y permite deducir una vinculación positiva, que implica un deber de realizar las funciones conforme a la Constitución y realizar actos que aseguren la plena eficacia de los derechos fundamentales para que se alcance su realización plena (ejemplo: artículos 3 y 19 Venezuela y 53.1 España).

Sabemos que la forma principal de vinculación positiva es a través a la ley, pero el elemento que permite controlar la actividad de los poderes públicos en tal ámbito (en especial respecto a los derechos fundamentales) estriba en el deber de justificar la adopción abstracta y, sobre todo, concreta, lo que convierte a la motivación del acto adoptado en la vía principal de control de la actuación del Poder Ejecutivo y Judicial en materia de derechos fundamentales.

La práctica de la vinculación positiva del Poder Judicial se recalca en el espacio del proceso judicial con el fin de confirmar que, en las sentencias, se adopten interpretaciones jurídicas consonantes con la Constitución, lo que implica que cualquier medida judicial relacionada, directa o indirectamente, con los derechos fundamentales se debe motivar específicamente, aduciendo a la importancia del derecho fundamental afectado

en el caso concreto. Vale decir, que este aspecto de afectación de los derechos fundamentales se desplaza a la decisión del órgano judicial y la valoración de las circunstancias en el caso concreto⁴³, en todo caso aplicando los criterios de interpretación restrictiva, principio de proporcionalidad, necesidad y menos gravoso.

Por otra parte, señala GAVARA DE CARA que el fondo objetivo de los derechos fundamentales «implica que los órganos judiciales, al aplicar la norma penal, restrictiva de los derechos fundamentales por origen y contenido, tienen la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales a los que afecte»⁴⁴, frenando repercusiones que envuelvan la privación innecesaria o desmedida de los mismos o que posean un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

El juzgador, en su decisión, que afecte derechos fundamentales tiene el deber de fundamentar materialmente y aplicar unos principios acordes con la doctrina desarrollada por el Tribunal o Corte Constitucional sobre el alcance de la motivación en ese ámbito específico. Esa motivación debe ser concreta sobre el derecho afectado. Debe advertirse que la interpretación de cualquier ámbito del Derecho debe partir de que más allá del contexto literal de la norma debe examinarse la vinculación con derechos fundamentales. De manera que el control judicial sobre las decisiones deberá revisar si hay una incorrecta concepción y delimitación del ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental restringido.

En la práctica jurisprudencial de algunos países estudiados: España, México, Chile y Colombia, los derechos fundamentales que han sido

⁴³ TC, ATC 38271996 F.3: «cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales».

⁴⁴ Juan C. GAVARA DE CARA, «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional* 20 (2007): pp. 277-320.

objeto de exigencia de motivación reforzada son presunción de inocencia, medida cautelar como privación de libertad, interceptación de comunicaciones en cualquiera de sus formas (correspondencia ordinaria o digital, telefónica), la morada o residencia (en estos últimos si hay afectación de los derechos de intimidad, privacidad), integridad física y mental, con relación al interés superior del niño⁴⁵.

6.2. *En caso de fallo condenatorio en segunda instancia revocando el absolutorio de primera instancia*

En esta situación hallamos una problemática con relación al principio de la prohibición de *reformatio in peius*. Se ha sustentado que, si la apelación es del Ministerio Público o la víctima, corresponde al Ministerio Público o víctima atacar la sentencia de primera instancia absolutoria sobre los elementos o causas que hace nula la sentencia o que amerite su revocatoria, en cuyo caso, en segunda instancia debe realizarse la tarea de renovar la práctica probatoria (personales) realizada en el tribunal de primera instancia en el supuesto justificado que sean relevantes y concluyentes para la justificación de la sentencia condenatoria. En caso de ser la apelación del absuelto y la parte contraria, es igual a lo anterior en cuanto al ataque a lo absolutorio, entendiéndose que los apelantes van en igualdad de condiciones para la reforma de la sentencia.

Consideramos oportuno indicar que, a primera vista, no es factible la *reformatio in peius* en segunda instancia de una sentencia absolutoria de primera instancia: su posibilidad, debe ser juzgada como una excepción a la norma, exigiéndose una motivación reforzada que justifique la sentencia condenatoria, debe reunir elementos de solidez, de razonabilidad y consistencia en los medios y selección normativa que otorguen a la decisión final un mayor grado de convicción.

⁴⁵ Iberley-Colex en publicación de 09-02-24: «La motivación de las sentencias que se dicten en materia penal», allí se expresa que hay materia que requiere una motivación extra, citando por ejemplo: archivar denuncias por maltrato policial, prescripción de condenas, sentencias condenatorias, entre otras.

El tribunal *ad quem* debe elaborar su motivación contemplando dos aspectos: el primero, presentar la argumentación que falsee o destruya las razones que conducen a la sentencia absolutoria, por supuesto, con base en los elementos fácticos existentes en el material probatorio disponible, lo que supone demostrar la falsedad o debilidad de las inferencias del *a quo*, es enseñar lógica y jurídicamente su posición crítica frente a la decisión que refuta; segundo, presentar su argumentación que fundamente la decisión condenatoria, lo que supone que su argumentación debe ser sólida, razonable, coherente y consistente en las conclusiones, es evidente que se debe superar el estándar de valoración de prueba necesario para superar y enervar la presunción de inocencia y el de más allá de toda duda razonable⁴⁶.

6.3. En casos de testigos expertos

En otros trabajos que hemos realizado manifestamos que la motivación en torno a aceptar o rechazar el dictamen pericial requiere una motivación especial, pues se trata de un conocimiento fuera del dominio del juzgador. En todo caso, en la pericia, deben concurrir un conjunto de exigencias que permitan su control, entre ellas: idoneidad de los expertos, cumplimiento de las formalidades de ley y *lex artis*, presentación del aparato demostrativo de la pericia y las máximas de experiencia técnica o científica aplicadas.

Los códigos procesales actuales tienen una regulación insuficiente para la valoración de la prueba pericial, problemática que se ahonda con la velocidad del crecimiento de la técnica, tecnología y ciencia que hace más complejo el conocimiento sobre este campo. Por lo general, se establece como criterio de valoración la sana crítica, dejando libertad al juzgador

⁴⁶ *Vid.* Alessandro ARFIERO, «Criterio de motivación reforzada elaborado por la jurisprudencia italiana: análisis y reflexiones» (Tesis de Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de León, 2021), <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3163154>. El autor cita diversa jurisprudencia italiana.

para enjuiciar el dictamen utilizando máximas de experiencia que se consideren comunes, lógica, racionalidad, coherencia de la argumentación, exhaustividad del análisis de razonabilidad; obviamente, las máximas científicas las aportan los expertos; debemos agregar que es común que se apele a los criterios DAUBERT⁴⁷. En todo caso, consideramos que la motivación de la valoración de este elemento probatorio es mayor que la de otros medios probatorios, pues trata sobre un conocimiento, normalmente, fuera del conocimiento normal del juzgador.

Suele llamarse al estrado a los peritos (en realidad, la pericia es una prueba personal), ellos darán cuenta del peritaje realizado y las conclusiones. Mientras que en el caso de los testigos expertos, estos no han realizado procedimientos ni aplicado métodos a un objeto concreto del proceso, ellos van a aportar conocimiento abstracto de ciencia, técnica o tecnología sobre un fenómeno o hecho determinado a la luz de ese conocimiento, por ejemplo, explicación del tiempo y por qué flotan los cadáveres en el agua, o acerca de explicar qué son trastornos mentales transitorios y sus efectos. Puede ser bajo dos vertientes: a. la persona que es promovida para dar una opinión sobre una teoría, leyes científicas, hipótesis acerca de un hecho o un análisis crítico de un dictamen pericial, en este caso no hay examen del objeto pericial, b. cuando el testigo

⁴⁷ Michele TARUFFO, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), pp. 28 y ss. Los criterios más comunes son: a. la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; b. la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada; c. la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d. la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría o técnica entre los científicos del gremio. Obviamente, no son criterios exhaustivos y el juez podría emplear otros criterios relacionados con la validez de la teoría científica. CHIESA señala que en los Estados Unidos se recurre, por lo general, así: si una teoría o técnica puede ser o ha sido probada; si la teoría o técnica ha sido sujeta a revisión de pares y ha sido publicada; si existe un índice de error conocido o potencial, y si existen normas que controlen la operación de la técnica. *Vid.* Ernesto L. CHIESA, *Tratado de Derecho Probatorio* (Washington: Publicaciones JTS-Luigi Abraham, 2005), pp. 544 y 545.

experto conoce la situación fáctica y puede informar sobre aspectos puntuales del dictamen pericial, por ejemplo, presencié la recolección de la muestra, o presencié la manipulación la persona lesionada⁴⁸.

En el primer caso, el experto opinará sobre el dictamen pericial examinando la teoría empleada, los procedimientos y métodos aplicados, los datos empíricos obtenidos y la interpretación científica dada a esos datos en las conclusiones. Aquí sí hay contradicción, se está frente a dos opiniones contradictorias. Evidente, que el juez al valorar dará cuenta si admite o rechaza la opinión y deberá fundamentar sus criterios. Hay una motivación reforzada.

En el segundo caso, no lo hace en abstracto, sino sobre elementos fácticos concretos, por ejemplo, la muestra no se tomó en forma adecuada y probablemente se contaminó, explicará las causas y qué distorsiona. O que una persona lesionada fue levantada incorrectamente por un grupo de gente y esto pudo agravar la lesión. En este caso, es una opinión experta sobre elementos fácticos que van acerca del control del objeto pericial. Supuesto en el que el juez debe valorar las circunstancias de observación y los aspectos científicos sobre la opinión que hace el experto acerca de los elementos fácticos.

Pensamos, al igual que en el peritaje, que el juez debe realizar una motivación extra, sea que admita y rechace lo expuesto por el testigo experto, tendrá que valorar la credibilidad, la idoneidad, la coherencia y solidez de sus afirmaciones, por supuesto, si corresponden con el nivel de la ciencia actualizada. No basta referirse solo a la persona del experto, hay que ir sobre el fondo de sus afirmaciones⁴⁹.

⁴⁸ RIVERA MORALES, *La prueba: análisis racional y práctico*, pp. 268 y ss.

⁴⁹ Xavier ABEL LLUCH, «Valoración del dictamen pericial», en *La prueba pericial* (Barcelona: ESADE-J. M. Bosch, 2009), pp. 283 y ss.

6.4. *En medidas cautelares decretando prisión preventiva*

Respecto a las medidas cautelares la doctrina no es pacífica⁵⁰. Hay un sector doctrinario⁵¹ que justifica todo tipo de medidas, desde la prisión preventiva –privación de libertad– hasta medidas pecuniarias o efectistas –presentación, cese de funciones, etc.–. Hay otro sector de la doctrina que sostiene que específicamente la prisión preventiva es incompatible con el principio de presunción de inocencia, cuyo mentor fundamental es FERRAJOLI⁵². Este expresa que se trata de una institución absolutamente incompatible con un modelo de proceso penal garantista respetuoso con los derechos del imputado. Afirma el autor *in commento* que sostener ese tipo de medida, que viene a ser una especie de condena anticipada, es aceptar la culpabilidad del imputado, cuestión incompatible con el principio de presunción de inocencia. Otros autores más moderados, como IBÁÑEZ⁵³

⁵⁰ Rodrigo RIVERA MORALES, *Actos de investigación y de prueba en el proceso penal* (Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2011), p. 89.

⁵¹ Cfr. José M. ASENCIO M., *La prisión provisional* (Madrid: Civitas, 1987), p. 26; Mario PISANI, *Libertà personale e processo* (Padua: CEDAM, 1974), p. 8.

⁵² Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), pp. 551-553, «La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por CARRARA, y antes por PAGANO, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos». Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal, o cautelar, y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima pena sin juicio.

⁵³ Perfecto Andrés IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en *Detención y prisión provisional* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), p. 17.

y LANDROVE DÍAZ⁵⁴, aceptan que la prisión provisional es una anticipación de pena, pero que les parece imposible prescindir de ella, por lo que aconsejan a los jueces que deben mirar la contradicción existente entre presunción de inocencia y prisión provisional para que sean muy cautelosos en la aplicación de la privación, restringiéndose a la situación que resulte imprescindible para asegurar el sometimiento del acusado al proceso y a satisfacer la pena que pudiere corresponderle. Lo cierto es que la mayoría de legislaciones han restringido al máximo este instituto y, por lo general, el proceso se da con la libertad del imputado, asignándole otras medidas cautelares menos gravosas.

Es incuestionable que la prisión preventiva se ubica como un aspecto ampliamente debatido en el sistema penal, más en el sistema de tipo acusatorio, ya que forma una tirantez entre el interés estatal por afirmar la eficiencia del proceso penal y la exigencia de proteger la libertad como derecho fundamental de la persona humana. El gravamen de la medida cautelar de prisión preventiva opone dos intereses fundamentales: por una parte, el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal y, por otra parte, la exigencia de asegurar la presencia del imputado a lo largo del proceso penal⁵⁵.

En este contexto, LÓPEZ CANTORAL⁵⁶ sustenta la significación de plantear la prisión provisional de manera enlazada con los principios y los bienes jurídicos que persigue resguardar, con el fin de alcanzar y mantener la paz y cohesión social en el marco de la justicia.

⁵⁴ Gerardo LANDROVE DÍAZ, «La reforma de la prisión provisional», *Diario La Ley* 5926 (05-01-2019): p. 2.

⁵⁵ Alfredo CURACA KONG *et al.*, *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), p. 46.

⁵⁶ Epifanio LÓPEZ CANTORAL, *La prisión preventiva en el proceso penal* (Lima: Iustitia, 2021), p. 27.

Consideramos que es importante determinar cuáles son los presupuestos materiales para fundamentar una solicitud y decretar la medida provisional de privación de libertad, a su vez, cuál debe ser el estándar de prueba necesario para decretar la medida. Suelen confundirse los criterios de examen para la procedencia con la prueba necesaria.

En Venezuela, en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 236 se determinan los presupuestos: hay un presupuesto formal que es la solicitud fundada del Ministerio Público, y como presupuestos materiales:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible.
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación⁵⁷.

Por otra parte, se aducen unos criterios generales para evaluar el decreto de medida cautelar de privación de libertad, dado su carácter excepcional, pues, conforme al artículo 44, el constituyente estableció el derecho de ser juzgado en libertad en el proceso penal, de manera que la privación de libertad es algo excepcional y conforme a las excepciones que plantea la Constitución. Así, en el numeral 1.º del artículo *in comento*, deja a reserva judicial la privación de libertad, salvo en casos de flagrancia, ratificando el derecho de libertad expresando que las personas

⁵⁷ Normas muy similares en el Código Nacional de Procedimientos Penales en México artículos 153 y 154, en Colombia en el Código de Procedimiento Penal artículos 308 al 312.

sometidas a proceso sean juzgadas en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez en cada caso concreto⁵⁸.

Estos criterios son el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y el *periculum libertatis*. En cuanto al *fumus boni iuris* que significa que exista en apariencia bases objetivas suficientes para la atribución del hecho punible a sujeto determinado. Con relación al *periculum in mora*, se trata de un requisito independiente que puede o no relacionarse en conjunto con el anterior. Implica que realmente hay peligro de fuga u ocultación personal o patrimonial del imputado, o de obstaculización en la investigación. Este requisito debe acreditarse objetivamente. No es suficiente la simple creencia o aprehensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Finalmente, respecto al *periculum libertatis* constituye la posibilidad de acción del imputado que actúe contra bienes jurídicos protegidos, por ejemplo, el psicópata sexual, crimen organizado, entre otros. En realidad, estos son criterios subjetivos. En la modernidad, se apela a la evaluación del riesgo, evidentemente, sobre bases objetivas.

Normalmente, en casi toda Iberoamérica, salvo algunas excepciones, hay un bajo o insuficiente análisis fáctico en el dictado de las medidas de privación de libertad; en Venezuela, sin mayor examen se acoge la solicitud del Ministerio Público.

Pensamos que la medida cautelar definida por el legislador como excepcional es una medida de último recurso (*vid.* artículo 229 del Código Orgánico Procesal Penal) «cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso». Además, debe tenerse presente la aplicación del principio de proporcionalidad (artículo 230

⁵⁸ Rodrigo RIVERA MORALES, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal* (Barquisimeto: 3.^a, Librería Jurídica Rincón, 2016), p. 126, comentarios al artículo 229.

eiusdem), respetando el mandato de juicio en libertad y la dignidad de la persona humana⁵⁹.

Entendemos que, en el Estado de Derecho constitucional democrático, es indiscutible que una medida de privación de libertad tiene un fuerte impacto en el derecho de libertad, lo que compromete al órgano jurisdiccional a justificar adecuadamente su decisión, especialmente, en cuanto a esta decisión afecta un derecho fundamental de una persona que no ha sido declarada en condena, lo que implica que se ha enervado la presunción de inocencia anticipadamente, puesto que la privación de libertad supone un juicio de posibilidad de condena, que sin artilugios es considerarlo culpable.

Por lo tanto, cualquier disposición judicial que decrete prisión provisoria debe observar el requisito de una motivación adecuada, en la cual se describan de manera clara y basada en razones sólidas que justifiquen su imposición, es decir, debe expresar que existen motivos razonables proporcionables para ordenarla.

Incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterada la jurisprudencia que exige una motivación adecuada por ser una medida excepcional y provisoria, entre otros, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela:

121. Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo

⁵⁹ TSJ/SC, sent. N.º 601, de 22-04-05, «... están sometidas a un límite máximo de dos años lapso que el legislador consideró suficiente para la tramitación del proceso (...) sea necesario someter al imputado o al acusado a alguna otra medida cautelar, que en todo caso debe ser menos gravosa», <https://vlexvenezuela.com/vid/altagraccio-orellana-laura-305658854>.

eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

Con la prisión preventiva se intervienen el derecho de presunción de inocencia y el derecho a la libertad, sin que haya sentencia definitiva que lo condene culpable. Lo que conlleva que la resolución judicial que decrete la prisión provisional debe estar sólidamente motivada, demostrando de manera razonada y suficiente que la medida es conforme a la ley y a Derecho, proporcionada y estrictamente necesaria para alcanzar los fines del proceso. Esto implica que debe estar claramente demostrado el hecho punible, y que existen elementos racionales, graves y congruentes con base en elementos de prueba, que tal conducta es atribuible a la persona contra quien se dicta la medida, a su vez que existen elementos objetivos que permiten sustentar que existe riesgo que se evade del proceso u obstaculice.

En este sentido, hay la exigencia de una motivación cualificada, que dé cuenta razonada de los elementos antes anotados, no se trata de sospecha o conjetura, se exige un alto índice de probabilidad, pues no solo se trata de proteger el derecho a la libertad personal, sino también en la necesidad de interdicar la arbitrariedad y garantizar el debido proceso. Esta exigencia de motivación reforzada para dictar medida de provisional de privación de libertad garantiza la razonabilidad y la proporcionalidad.

6.5. En la elaboración de inferencias indiciarias como fundamento de condena

Uno de las temáticas más complejas dentro de la teoría de la prueba en el proceso es sin duda lo concerniente a la prueba indiciaria. La prueba indiciaria se construye sobre la base de una epistemología reflexiva (inferencia

lógica), donde determinados hechos indicadores, estén probados o se den por probados, se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso concreto. En otros escritos he tratado la denominada prueba indiciaria, aun cuando sustento que en propiedad debemos hablar de la metodología indiciaria de conocimiento⁶⁰.

¿Qué podemos hacer con esa prueba indiciaria escurridiza, incompleta y difícilmente manejable sin riesgo de arbitrariedad? ¿Cómo ese razonamiento indiciario puede convertirse en verdadera prueba? Me temo que esta es una pregunta fundamental porque, si no alcanza el nivel de prueba y se queda en la mera conjetura, nos encontraríamos con un problema constitucional: se habría juzgado una situación –judicialmente o administrativamente– sin la prueba necesaria y, por consiguiente, se habría violado la garantía constitucional de la presunción de inocencia. La cuestión de la prueba indiciaria ha sido analizada intensamente en las últimas décadas no solo por los juristas, sino también por los científicos, porque, si bien puede llevar a grandes descubrimientos puede ser también la responsable de grandes errores.

Hablar de que el hecho conocido es el indicio es reducir la visión epistemológica al hecho sensible, pero obvia los problemas filosóficos fundamentales que conlleva la construcción inferencial, como son: a. cuáles son los criterios para realizar y establecer observaciones confiables (hecho conocido), b. cómo entender el grado y tipo de inferencia a partir de las cosas observadas, y c. cuáles son los criterios de prueba de la existencia genuina del fenómeno en cuestión o del *status* epistemológico de una teoría explicativa (del hecho desconocido y su nexa con el hecho conocido). Es claro que solucionar este problema es precisar la idea de evidencia observacional

⁶⁰ Rodrigo RIVERA MORALES, «El conocimiento indiciario como evidencia inferencial», en *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional y XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Salamanca: Ateller-IIDP-IAPL, 2018), pp. 303 y ss.

(hecho conocido), darle contenido a la idea de inferencia probable y, finalmente, fijar la significación de evidencia probatoria. Por ello, sustentamos un concepto más amplio de indicio, cualificándolo como evidencia inferencial, el cual incluye los aspectos señalados.

Véase que los indicios en el proceso tienen aplicación en diversas decisiones que pueden afectar derechos fundamentales, ya lo vimos en las medidas cautelares, en las cuales hay la exigencia de indicios graves y convergentes. Nos preguntamos: ¿es igual el estándar de prueba requerido para dictar medida cautelar de prisión provisional al requerido para la condena? Se puede contestar con GARAYALDE MARTÍN que «Todo el mundo concede, intuitivamente, que el *quantum* de prueba requerido para empezar (procesando) ha de ser sensiblemente inferior al necesario para terminar (condenando), porque cae de su peso que cada fase del procedimiento demanda un umbral probatorio específico»⁶¹.

Estamos contestes en que en ambas situaciones se enerva la presunción de inocencia; en el primero, es provisional y temporal, puede modificarse por cambio de las circunstancias; en el segundo, es la decisión definitiva, obviamente, salvo revocatoria en segunda instancia.

Es evidente que si es exigible una motivación reforzada para decretar medida cautelar de privación de libertad, por coherencia lógica, dada la gravedad de la sentencia definitiva de condena, que efectivamente enerva la presunción de inocencia, requerirá un mayor estándar de prueba, consecuentemente una motivación reforzada, al estar basada en indicios.

El empleo de la prueba indiciaria en el proceso, en nuestro entendimiento, es lo que sucede, salvo raras excepciones de prueba directa, exige que el juzgador realice en su motivación el razonamiento indiciario

⁶¹ Elena GARAYALDE MARTÍN, «¿Cuál es el estándar de prueba exigible para procesar?», *Diario La Ley* 7180 (22-05-2009).

elaborado, lo cual supone el *iter* inductivo que parte de hechos indicantes y establece una generalización o norma, así como el *iter* deductivo para arribar a la conclusión. De otra manera, deberá mostrar los hechos indicantes (hechos conocidos) que han sido debidamente probados por tales y cuales medios probatorios, y a partir de ellos cómo se llega al hecho desconocido, cuál es la fuerza del vínculo y la relación de ellos con el imputado, de forma que haga controlable ese razonamiento probatorio. Evidentemente, se trata de inferencias, con la calidad de probables.

Por lo general, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la concurrencia de pluralidad de indicios acreditados para enervar la presunción de inocencia⁶²; no obstante, también se ha condenado con indicio único⁶³. Evidentemente, en este último caso hay que realizar una motivación reforzada para demostrar esa potencia acreditativa del indicio singular.

Conclusiones

Primera: la motivación como exigencia constitucional se vincula directamente con los derechos de tutela efectiva y debido proceso.

Segunda: la protección de los derechos fundamentales es una derivación directa de la supremacía constitucional a la cual están obligados todos los poderes públicos en su toma de decisiones, lo que implica exponer las razones de la decisión y con mayor fundamentación cuando afecte derechos fundamentales.

⁶² España: TS, sent. N.º 5456, de 14-10-86. Colombia: CSJ, sent. N.º SC33-2015, Radicación N.º 11001 31 03 027 2006 00307 01, de 15-01-15, «Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes», <https://cortesuprema.gov.co>.

⁶³ España: TS, sent. N.º 8103, de 29-05-97, se dijo «b. que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa», <https://vlex.es/vid/202922959>.

Tercera: Los tribunales constitucionales y las supremas cortes de justicia nacionales en su desarrollo jurisprudencial han construido el concepto de motivación reforzada en protección de los derechos fundamentales para evadir la arbitrariedad y el quebrantamiento del debido proceso.

Cuarta: La motivación reforzada debe ser parte de la *ratio decidendi*, sin perjuicio de los argumentos en el *obiter dictum* que refuercen la motivación reforzada.

Quinto: En aras de la uniformidad de protección de los derechos fundamentales, sin pretender la casuística, deben establecerse estándares probatorios claros y la motivación reforzada cuando se trata de afectar derechos fundamentales, especialmente, en forma colateral.