

LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS GENEALOGÍA Y TEORÍA

Tesis para la obtención del grado de doctor, presentada por la licenciada en Derecho doña Daniela Accatino Scagliotti, y realizada bajo la dirección de los doctores José Luis Serrano y Antonio Manuel Peña, profesores titulares del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.

Vº Bº
Los Directores

La Autora

**UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

GRANADA 2005

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas que han hecho posible que este trabajo de investigación llegara a buen puerto. Por supuesto las primeras son sus directores, el Dr. José Luis Serrano Moreno y el Dr. Antonio Manuel Peña Freire, a quienes agradezco con enorme afecto su sabia guía, su aliento constante y su generosa amistad.

Quisiera agradecer además a todos los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y especialmente a su Director, Dr. Nicolás López Calera, la afectuosa acogida y el estimulante espacio de trabajo que me brindaron por casi dos años.

Hago presente también mi gratitud a la Università degli Studi di Palermo y la Università degli Studi di Perugia, por haberme abierto las puertas de sus estupendas bibliotecas; así como al Gobierno de Chile y la Universidad Austral de Chile por haber aportado el financiamiento para estas estancias en España e Italia, a través, respectivamente, de la Beca Presidente de la República y de un permiso de perfeccionamiento docente.

Afortunadamente no he estado sola en este viaje. Gracias a Andrés Bordalí, a mi familia y a mis compañeros de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile por haber estado conmigo, alentándome con su confianza, a lo largo de esta aventura.

INDICE

Introducción (p. 8)

PRIMERA PARTE

GENEALOGÍA PARABÓLICA DE LA MOTIVACIÓN

- 1. Los juicios de Dios y la ausencia de la motivación durante la Alta Edad Media** (p. 22)
 - 1.1. El retorno de las acciones decisorias (p. 22)
 - 1.2. La imposibilidad de la sentencia motivada (p. 28)

- 2. La apertura de un espacio para la motivación durante la Baja Edad Media** (p. 30)
 - 2.1. La gran transformación de la escena judicial europea (p. 30)
 - 2.2. Las nuevas pruebas racionales (p. 32)
 - 2.3. La constitución del poder judicial (p. 36)
 - 2.4. La *communis opinio doctorum* y la reducción del espacio para la motivación (p. 40)

- 3. *Arcana iustitiae*. El principio de exclusión de la motivación bajo el Antiguo Régimen** (p. 42)
 - 3.1. La majestad de la función judicial y el principio de exclusión de la motivación (p. 42)
 - 3.2. La aplicación prudencial del principio de exclusión de la motivación: razón de estado, principio jerárquico de organización judicial y políticas centralizadoras (p. 48)

- 4. Del súbdito al ciudadano. La motivación en el proyecto liberal** (p. 65)
 - 4.1. La primacía de la perspectiva *ex parte populi* (p. 65)
 - 4.2. La concepción ilustrada de la función judicial: principio de legalidad y aplicación silogística (p. 67)
 - 4.3. La concepción ilustrada del proceso: centralidad de la publicidad procesal (p. 78)
 - 4.4. La institucionalización de la exigencia de motivación tras la Revolución francesa (p. 80)

5. **La motivación de las sentencias y el formalismo decimonónico** (p. 90)
 - 5.1. La imagen silogística de la decisión judicial (p. 90)
 - 5.2. Los presupuestos del silogismo judicial (p. 93)
 - 5.3. El modelo deductivo de motivación y su significación jurídico-política (p. 95)
 - 5.4. El formalismo en la tradición jurídica anglo-americana (p. 97)

6. **La revuelta antiformalista y el escepticismo frente a la motivación** (p. 100)
 - 6.1. El fin de las tranquilizadoras imágenes del formalismo decimonónico (p. 100)
 - 6.2. La teoría de la decisión judicial del realismo norteamericano y su perspectiva frente a la motivación (p. 103)
 - 6.3. El realismo de Alf Ross y su mirada sobre la motivación de las decisiones judiciales (p. 116)
 - 6.4. El antiformalismo de Kelsen: una inflexión al final de la parábola (p. 125)

7. **Recapitulación y conclusiones de la primera parte** (p. 131)
 - 7.1. Genealogía de la motivación y modernidad (p. 131)
 - 7.2. Motivación y diferenciación de los sistemas jurídicos (p. 132)
 - 7.3. La crisis de la autonomía del razonamiento jurídico y escepticismo frente a la motivación (p. 133)

SEGUNDA PARTE

LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN LA ESTACIÓN DEL DESENCANTO

8. **Las preguntas abiertas tras el antiformalismo** (p. 137)
 - 8.1. Las implicaciones de la tesis de la indeterminación (p. 137)
 - 8.2. La motivación de las sentencias en la estación del desencanto (p. 141)

9. El espejismo de la transparencia en la motivación de las sentencias (p. 144)

- 9.1. La resistencia de la conexión conceptual entre motivación y motivos (p. 144)
- 9.2. La distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación (p. 148)
- 9.3. La prioridad del concepto justificativo de motivación (p. 159)
- 9.4. El error del realismo y de su versión de la transparencia en la motivación (p. 165)
- 9.5. Otras versiones de la sinceridad en la motivación y sus limitaciones (p. 171)
- 9.6. Las relaciones entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo del juez (p. 182)

10. Abordando la aporía: la posibilidad de la justificación judicial (p. 187)

- 10.1. La indeterminación del derecho y la aporía de la justificación judicial (p. 187)
- 10.2. La huida imposible hacia la justificación política: el escepticismo de los *Critical Legal Studies* (p. 201)
- 10.3. El parcial retorno a la justificación jurídica: el positivismo jurídico y la discrecionalidad judicial (p. 210)
- 10.4. El completo retorno a la justificación jurídica: Dworkin y la tesis de la única respuesta correcta (p. 222)
- 10.5. La justificación racional de las decisiones judiciales: la aportación de las teorías de la argumentación (p. 237)
- 10.6. Algunas conclusiones sobre la posibilidad de la justificación judicial (p. 254)

11. La publicidad de la justificación judicial (o el sentido de la exigencia de motivación) (p. 263)

- 11.1. Publicidad de la justificación, sujeción a derecho y responsabilidad judicial (p. 263)
- 11.2. Publicidad de la justificación y debido proceso (p. 267)
- 11.3. Publicidad de la justificación, justicia formal y precedente (p. 269)
- 11.4. La motivación de las sentencias en serio (p. 270)

12. Conclusiones de la segunda parte (p. 274)

- 12.1. La motivación y los “verdaderos motivos” de la decisión judicial (p. 274)
- 12.2. La motivación y la sinceridad del juez (p. 277)
- 12.3. La motivación y la posibilidad de la justificación judicial (p. 280)
- 12.4. El sentido institucional de la motivación en la estación del desencanto (p. 289)

Bibliografia citada (p. 292)

“Sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta”

INMANUEL KANT, *La paz perpetua* (1795)

INTRODUCCIÓN

§1. *Dos sorpresas.* En las democracias constitucionales contemporáneas, los ciudadanos tendemos a dar por supuesta la motivación de las sentencias. Presumimos, de manera confiada, que en nuestros sistemas jurídicos el deber de motivar sus decisiones es un elemento distintivo de la posición institucional del juez. Un *fiat* desnudo de razones, que se limitara a condenarnos o absolvernos sin dar cuenta públicamente de los argumentos en que se funda, ciertamente nos desconcertaría, pues nuestra cultura jurídica y política encuentra en la ausencia de argumentos justificativos públicos una similitud intolerable con la arbitrariedad. Es tal vez por eso que tendemos a inscribir en el pasado remoto la ausencia de motivación, así como inscribimos en el género satírico el método aleatorio de decisión que el célebre juez Bridoye explicaba a Pantagruel en los siguientes términos:

“Una vez que he visto, revisto, leído, releído, papeleado y hojeado las demandas, comparencias, exhortos, alegatos, (...) coloco sobre el extremo de la mesa de mi despacho todo el montón de papeles del demandante y le tiro los dados (...). Una vez hecho esto, pongo sobre el otro extremo de la mesa los papeles del demandado (...), al mismo tiempo que tiro también los dados. (...) La sentencia es dictada a favor de aquel que primero consiguió el número más favorable en el dado judicial, tribunalicio y pretorial” (RABELAIS, 1521:501).

Al explorar los avatares de la motivación de las decisiones judiciales nos encontramos, sin embargo, con dos sorpresas. Sorprende, en primer lugar, descubrir que esa institución tan familiar hoy constituye en realidad una conquista reciente en tiempo histórico, ya que su institucionalización se completa, en Europa continental y América Latina, sólo tras la Revolución francesa y los procesos de independencia. Y sorprende también constatar que no es tan obvio el encaje de la motivación de las sentencias ni en el sistema de garantías de la legalidad ni entre las condiciones de legitimidad de la decisión del juez. Las respuestas que daban inicial sustento al sentido institucional de la motivación se han mostrado insatisfactorias y su afirmación actual debe sortear incómodas preguntas acerca de la posibilidad de la justificación jurídica.

§2. *Las dos partes de este estudio.* Estas dos sorpresas se han convertido en el aliciente principal y en el hilo conductor de nuestro trabajo. Hasta el punto que a cada una de ellas corresponde una parte de este estudio.

Así, en la primera parte se indaga en la genealogía de la justificación pública de las decisiones judiciales, para identificar cuáles son los factores que explican su nacimiento y los supuestos filosóficos e ideológicos que definieron su sentido político-jurídico inicial. La genealogía abarca también los comienzos del siglo XX, la época en que se sometieron a discusión parte de esos supuestos –sobre todo los supuestos teóricos relativos a la naturaleza del derecho, al conocimiento jurídico y al juicio jurisdiccional- y la época en que el escepticismo desplazó a la confianza en lo relativo al sentido y las funciones de la motivación de las sentencias.

La segunda parte de este estudio se dedica a la posible reconstrucción de aquel sentido y aquellas funciones a partir de presupuestos teóricos diferentes.

Con todo, antes de dar paso a la parte genealógica, es preciso delimitar los focos de atención de nuestro estudio e introducir algunas precisiones conceptuales que nos permitan luego avanzar sin tropiezos terminológicos.

§3. *El concepto de decisión judicial.* Siendo el objeto general de este estudio la motivación de las “decisiones judiciales”, conviene en primer término precisar este concepto.

Una primera aproximación desde la teoría general del derecho –en su función de elaboración y desarrollo de los conceptos jurídicos más básicos y más abstractos- conduce a incluir en esa expresión cualquier pronunciamiento de un órgano jurisdiccional. Por decirlo ahora en un lenguaje próximo a la parte general

del Derecho procesal, decisión judicial es toda “resolución judicial”¹. En tanto esta definición se apoya en el concepto de órgano jurisdiccional –o más bien en el de la función jurisdiccional que califica al órgano que la ejerce-, es necesario que nos detengamos brevemente en este último concepto. Un camino promisorio para ofrecer una caracterización teórico general de la función jurisdiccional consiste en atender a las normas que instituyen esa clase de órganos, para determinar qué distingue a las potestades que ellas confieren². Desde esta perspectiva el rasgo distintivo de la función jurisdiccional resulta ser la potestad para determinar en forma autoritativa el hecho de la infracción de normas jurídicas. Esta definición de la función jurisdiccional permite incluir entre las decisiones judiciales también a los pronunciamientos dictados por los órganos a los que se confiere la potestad de revisión constitucional³.

Junto al concepto amplio de decisión judicial que acabamos de delinear, es posible diferenciar un sentido más restringido de la expresión, para referirla tan solo a aquellas resoluciones judiciales que resuelven el asunto que es objeto del proceso, esto es, a lo que en el lenguaje de la parte general del Derecho procesal se designa con el término “sentencia”⁴.

¹ Cfr., por ejemplo, en España, Juan MONTERO AROCA ET AL. (1987:410-411). (Las citas y referencias bibliográficas se expresarán indicando el nombre del autor de la obra, el año de su edición original y la o las páginas citadas o referidas. En la bibliografía final se encuentran los datos completos de las obras citadas).

² Se trata del camino señalado por H. HART (1961:120) y recorrido también por J. RAZ (1978:152ss.).

³ Con todo, la cuestión de la naturaleza propiamente jurisdiccional o bien legislativa (legislativa negativa) de la función de revisión de la constitucionalidad de las leyes ha sido, como se sabe, ampliamente discutida (vid. una buena síntesis de la controversia en M. GASCÓN, 1994). Sin perjuicio de las peculiares cuestiones de teoría jurídica y política que suscita la revisión de la constitucionalidad de las leyes –cuyo abordaje resulta más claro, a mi juicio, si se diferencian y separan de la cuestión conceptual sobre el carácter legislativo o jurisdiccional de esa potestad- parece claro que un tribunal constitucional realiza determinaciones autoritativas acerca de la infracción de normas constitucionales. Aunque las definiciones propuestas por HART o por RAZ no toman en cuenta esta clase de potestad –la primera al referir sólo a las “violaciones de reglas primarias o de obligación” (HART, 1961:) y la segunda al hacer referencia sólo a la determinación autoritativa de la “situación normativa de individuos concretos” (RAZ, 1978:156)- no me parece arbitraria la extensión de la noción de norma jurídica para comprender también las normas constitucionales.

⁴ Cfr., por ejemplo, MONTERO AROCA ET AL. (1987:413-416). Si por una parte las sentencias representan el final de una cadena de otras clases de resoluciones judiciales, por otra parte es posible verlas como el producto de un conjunto de decisiones fraccionales –como las llama WROBLEWSKI (1992:31)- que resuelven sobre los presupuestos de la decisión final –sobre la validez y aplicabilidad de

Si bien la motivación se suele requerir, en los actuales sistemas jurídicos occidentales, respecto de todas o de la mayor parte de las resoluciones judiciales⁵, este estudio se concentrará en la motivación de las sentencias. Esta restricción se explica porque es fundamentalmente esta clase de resoluciones judiciales la que requiere la aplicación de derecho sustantivo y la que suscita más intensamente la pregunta por la posibilidad y el alcance de la justificación jurídica.

Las referencias a las decisiones judiciales que se hagan a lo largo de este estudio deben entenderse hechas, por consiguiente, a aquellas que dan solución a la controversia que es objeto del proceso, en cualquier instancia o recurso.

Cuando se habla de motivación de las “sentencias” es importante tener presente, por otra parte, que en el lenguaje jurídico corriente esa expresión se refiere, usualmente, a la unidad formada por el fallo (o la parte dispositiva) y la motivación (dividida a su vez, en una parte concerniente a los antecedentes de hecho y otra a los fundamentos de derecho), contenida formalmente en un mismo documento (a las que se agrega, en algunos sistemas jurídicos, una parte expositiva, en la que se sintetizan las actuaciones procesales y las alegaciones de las partes)⁶. Hay que entender, por lo tanto, que cuando se designa a la sentencia como objeto de la motivación se hace referencia a su parte dispositiva o fallo, que expresa el contenido propiamente decisorio de la sentencia.

§4. *El concepto de motivación.* La expresión “motivación” también puede dar lugar a ciertas incertidumbres. Hay una ambigüedad primaria de la expresión, que, según veremos, no es sino un reflejo de las vicisitudes históricas que han conmocionado los supuestos teóricos subyacentes a la construcción de la institución. Esta ambigüedad reside en el uso del término motivación, en el lenguaje jurídico corriente, para hacer referencia tanto a la enunciación de las razones justificativas de

las normas relevantes, sobre la interpretación de las normas, sobre prueba de los hechos, sobre su calificación jurídica, etc.

⁵ Así, por ejemplo, en el caso del sistema jurídico español la motivación es exigida respecto de las sentencias y los autos, quedando únicamente excluidas las providencias (cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, 2004:75ss., quien ofrece una visión crítica de esta última exclusión). Otros ordenamientos, como el italiano, extienden la exigencia de motivación a toda resolución judicial (el artículo 111 de la Constitución italiana dispone que “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”).

⁶ Vid. E. BULYGIN (1966:357) y MONTERO AROCA ET AL. (1987:414-415).

una decisión judicial, como a la expresión de los motivos del juez, esto es, de las consideraciones que de hecho lo han movido a tomar una cierta decisión⁷.

Ambas nociones pueden ser conciliadas por la vía de restringir la última de ellas a la expresión de las consideraciones que han motivado y *debido motivar* la decisión judicial. Aún así y por las razones que se detallarán más adelante (*infra* 9.3.), la prioridad conceptual debe asignarse a la noción justificativa de motivación. La motivación será entendida, por lo tanto, como una especie de discurso justificativo o justificación, esto es, como “un procedimiento argumentativo tendiente a aseverar que algo está dotado de un cierto valor”⁸.

En términos generales la noción de justificación hace referencia a la relación entre un codominio –aquello que se pretende justificar (o *justificandum*)- y un dominio –aquello a partir de lo que se justifica (o *justifians*)⁹. La singularidad de la justificación en que consiste la motivación reside en primer término en la singularidad del *justificandum*, la decisión judicial. Por otra parte, el asentamiento histórico de la institución que nos ocupa está ligado, según se explicará en la primera parte de este estudio, al proceso de diferenciación de los sistemas jurídicos, distintivo de la modernidad, y a la pretensión un *justifians* igualmente singular y autónomo para la justificación de las decisiones judiciales. La motivación de las decisiones judiciales consiste, en este sentido, en su justificación conforme a derecho o justificación jurídica.

Este concepto general de motivación puede ser especificado a su vez en varios sentidos, de acuerdo al contexto en que se haga referencia a él. Así, es posible distinguir entonces, como hace por ejemplo WROBELWSKI (1978:122), entre la motivación como concepto teórico, la motivación efectivamente expresada por un tribunal en su sentencia –que WROBLEWSKI denomina, suponiendo que esa inclusión responde a una exigencia jurídica, “motivación legal concreta”- y la motivación

⁷ Son numerosos los autores (vid. *infra* nota 214) que ponen de relieve la coexistencia, tanto en la cultura jurídica española como en la italiana, de dos conceptos de motivación. Uno *justificativo*, que entiende que motivar es enunciar adecuadas razones justificativas de la decisión judicial, y otro *psicologista*, que supone que motivar consiste en reproducir fielmente el “iter mental” que ha llevado al juez a la decisión.

⁸ Se trata de la definición general de justificación que propone Paolo COMANDUCCI (1992^a:55, 1999c:49). Muy similar es la que utiliza WROBLEWSKI, según el cual una justificación tiene lugar “cuando un argumento A fundamenta [*supports*] un ‘valor’ de un objeto justificado X” (1989:680).

⁹ Cfr. R. CARACCILO (1988:76) y C. REDONDO (1996:216).

exigida jurídicamente en un sistema jurídico determinado –que el mismo autor denomina “motivación legal mínima” .

§5. *Justificación de la decisión-acto y justificación de la decisión-producto.* Hasta ahora al hablar de decisión judicial hemos pensado en su sentido como producto o resultado del acto de decidir, pero también es usual llamar decisión al acto de decidir. Es importante llamar la atención sobre esta dualidad de sentidos en que se puede hablar de decisión judicial, porque la justificación jurídica de la decisión-acto es diferente de la justificación jurídica de la decisión-producto.

Un acto es justificable si se encuentra autorizada jurídicamente su realización –sea por normas que lo permitan, sea por normas que lo exijan- y han sido satisfechas las exigencias establecidas en el condicionado de esa autorización. Por consiguiente, la justificación de la decisión judicial en tanto acto hará referencia a las normas que HART (1961:120-121) llamaba *de adjudicación*, esto es, aquellas relativas a la competencia del juez y al procedimiento judicial.

Sin embargo, no es esta la clase de justificación que esperamos ver expresada en la motivación de una sentencia. Lo que esperamos es la justificación de la decisión-producto, esto es la fundamentación sustantiva del resultado de la decisión-acto. Sobre todo a partir del análisis de KELSEN (1945:XI.B.h.2) y (1960:246ss.) de los procesos de creación y aplicación del derecho es usual caracterizar la decisión judicial en tanto producto como una norma particular y concreta. Con todo, la diversidad de propósitos de la actividad jurisdiccional –con mayor razón si tomamos en cuenta no sólo la jurisdicción civil y penal sino también la jurisdicción constitucional- hace que ese análisis resulte muy estrecho y que sea conveniente reconocer otros efectos normativos posibles a las decisiones judiciales, como la anulación de normas o la clasificación jurídica de casos individuales a la que a su vez otras normas jurídicas atribuyan efectos normativos¹⁰.

En términos generales, la norma o la calificación jurídica que constituye la decisión judicial-producto se expresará en el fallo o parte dispositiva de la

¹⁰ Estos últimos corresponden a lo que C. ALCHOURRÓN Y E. BULYGIN (1978:205ss.) denominan *efectos secundarios* de una decisión judicial. Estos autores distinguen dos tipos de procesos, no necesariamente excluyentes: los *procesos declarativos*, dirigidos a resolver sobre la clasificación jurídica de un caso individual (como, por ejemplo, un juicio de divorcio o uno sobre la validez de un contrato) y los *procesos normativos*, en los que se discute sobre la calificación normativa de determinadas acciones. Mientras las decisiones judiciales que ponen término a un proceso normativo tienen efectos normativos *primarios* (producción de una norma prescriptiva particular), aquellas que concluyen un proceso declarativo sólo poseen efectos normativos *secundarios*.

sentencia¹¹. Su justificación jurídica consistirá en establecer que la norma o la calificación jurídica que se instituye es la que conforme a derecho debía, en esa clase de caso, ser instituida. En este sentido, cualquiera sea la clase de resultado a justificar, la conclusión de la justificación sí tendrá siempre la forma de un enunciado normativo particular¹². Su justificación jurídica pondrá en juego no ya a las reglas de adjudicación sino -siguiendo también aquí la terminología de HART (1961:121)- a las reglas primarias de obligación y las reglas secundarias que especifican las sanciones por la trasgresión de aquellas.

Es interesante notar que en aquellos sistemas jurídicos que exigen la motivación de las sentencias la justificación sustantiva de la decisión judicial-producto pasa a ser una de las condiciones para la justificación formal de la decisión judicial-acto. Gunnar BERGHOLTZ (1990:77) ha expresado con lucidez esta doble cara de la exigencia de motivación cuando dice que “(e)n los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y sustancia, procedimiento formal y derecho sustantivo, se encuentran. Por lo tanto es equivocado ver los fundamentos sólo como una

¹¹ Es pertinente, por consiguiente, distinguir entre varias funciones que el fallo puede cumplir y que no se agotan en la función directiva, como parece seguirse en cambio de su habitual equiparación con una norma prescriptiva individual. Así, por ejemplo, ha dicho BULYGIN (1966:357), que “la caracterización de la resolución como norma individual es, sin embargo, demasiado simplista. Como todos los actos procesales (y gran parte de los actos jurídicos en general), la resolución cumple una importante *función realizativa*, en la que los filósofos jurídicos no parecen haber reparado hasta ahora. En algunos casos esta función realizativa ocupa el primer plano, como sucede con la resolución que rechaza una demanda”. La última afirmación no debe entenderse en el sentido de negar que la absolución tenga efectos normativos directos: en *Normative systems*, ALCHOURRÓN y BULYGIN precisan que también las sentencias absolutorias o denegatorias pueden contener normas individuales, lo determinante es la índole de la cuestión planteada (1971:207-8), esto es, la clase de proceso (vid. nota anterior). En línea con esta aclaración D. MENDONCA (1997:53), quien adopta la clasificación de procesos y sentencias propuestas por los dos filósofos del derecho argentinos, afirma que la función performativa es dominante en los procesos declarativos, mientras en los procesos normativos la función propia es directiva o prescriptiva.

¹² Como ha destacado Manuel ATIENZA (1991:42), la distinción entre el enunciado normativo que constituye la conclusión de la justificación y la decisión-producto que es objeto de la justificación queda claramente representada en la cláusula de estilo que se suele emplear en España para expresar el fallo, la que, como se sabe, reza: “FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos.. (a tal persona como autor de tal delito a tal pena)” o bien “FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos...”. Como ha dicho el mismo autor en un texto posterior (1995:11) “una cosa es la decisión que se expresa en un enunciado como ‘condeno a X a la pena Y’, y otra es el conjunto de razones que, por ejemplo, pretenden justificar esa decisión y que se expresan sintéticamente -se resuelven- en un enunciado normativo como ‘debo condenar a X a la pena Y’”. En un sentido similar vid. también R. HERNÁNDEZ MARÍN (1999:250-251).

cuestión de forma. La forma influye sobre la sustancia y, como ha sido correctamente dicho en un caso inglés [Re Poyser and Mill's arbitration, 1964, 2 Q.B.,467-8], un defecto en la motivación es ‘una cuestión material de forma’¹³.

§6. *Justificación y justificabilidad de la decisión judicial.* La motivación consiste, según decíamos, en la expresión pública de las razones justificativas de una decisión judicial. En este sentido, el hecho que una decisión judicial no esté motivada no significa necesariamente que se trate de una decisión injustificada. Significa sólo que no se han explicitado las razones que pueden justificarla (y no necesariamente que esas razones no existan). En otras palabras, resulta concebible una práctica jurídica que requiera decisiones judiciales justificadas pero que no requiera o incluso prohíba la expresión pública de las razones que a juicio del tribunal justifican la decisión. Esta es, de hecho, según veremos *infra* 3.1., una buena caracterización del modelo de decisión judicial dominante durante el Antiguo Régimen.

Es preciso distinguir, por lo tanto, entre la justificación y la justificación expresa de una decisión judicial. Para evitar confusiones, en este estudio reservaremos la expresión justificación para designar a la *justificación expresa*, esto es, un acto de habla o un discurso. Y usaremos el término “justificabilidad” para referirnos a la aptitud de una decisión de ser justificada.

La distinción trazada contribuye a aclarar cuál puede ser el nexo conceptual entre la decisión judicial y su justificación. Ese nexo se encuentra en la justificabilidad. Ésta se requerirá en cualquier práctica en que se establezcan tribunales que resuelvan autoritativa y *deliberadamente* acerca de la situación normativa de individuos concretos, esto es, en cualquier práctica de decisión judicial que haya dejado atrás las formas premodernas de decisión judicial aleatoria o de decisión a través de la acción de las partes, como ocurría en los *juicios de Dios* (*vid. infra* capítulos 1 y 2). No parece concebible que en una práctica que prevea la existencia de tribunales imparciales se dirija otra instrucción a éstos que la de adoptar la decisión correcta a la luz de las razones válidas, esto es, la instrucción de adoptar la decisión justificable¹⁴. De modo que mientras una práctica de decisión

¹³ Vid. también R. SÁNCHEZ BRÍGIDO y H. O. SELEME (2001:292).

¹⁴ Esta instrucción valdría incluso en lo que Joseph RAZ llama un “sistema de discreción absoluta”, esto es, en un sistema que, a diferencia de un “sistema normativo institucionalizado”, no le exija a los tribunales decidir sobre la base de normas especificadas, sino sólo sobre la base de su propio juicio acerca de las razones relevantes (cfr. RAZ, 1975:159).

judicial aleatoria o a través de ordalías puede tener sentido sin justificación, una práctica de decisión deliberada y arbitraria –no basada en razones, sean o no delimitadas institucionalmente- parece un contrasentido¹⁵.

En cambio la justificación expresa no resulta igualmente requerida por la noción de decisión judicial y constituye un rasgo históricamente contingente de las sentencias. En este sentido existe una diferencia radical entre la decisión del juez Bridoye y la del juez castellano del siglo XVII que no motiva su sentencia. El primero adopta una decisión injustificable, el segundo no hace expresa la justificación.

Sin embargo, hoy ambas prácticas suscitan una incomodidad equivalente. Eso significa que la cultura jurídica contemporánea ve en la motivación una garantía procesal muy estimable. Cuando consideremos la genealogía de la institución cuáles son las razones históricas de esa importancia, para discutir luego, en la segunda parte, si esas razones siguen valiendo hoy, cuando tanta agua ha pasado bajo los puentes de la teoría de la decisión judicial.

§7. *La disciplina jurídica del discurso justificativo del juez.* Como decíamos, la motivación ha sido un rasgo históricamente contingente de las sentencias. Por otra parte, su presencia o su ausencia han estado ligadas a diversas disciplinas jurídicas. Prácticamente todas las disciplinas teóricamente imaginables han tenido su momento y su lugar, según podremos observar luego, en la genealogía de la motivación.

Así, la motivación puede, en primer lugar, ser requerida jurídicamente. Y puede serlo consuetudinariamente, en virtud de una práctica asentada (como ocurre hasta hoy en el sistema jurídico inglés), o bien en virtud de una exigencia constitucional y/o legal expresa (como ocurre en los sistemas jurídicos europeo-continetales actuales). Pero la motivación de las sentencias puede también ser tan solo permitida o tolerada, por la ley o por la costumbre. Y, finalmente, puede ser también –y, como anticipábamos, ha sido- prohibida jurídicamente.

Además de permitir, requerir o excluir la expresión de las razones justificativas de la decisión judicial, la disciplina jurídica de la motivación regula también la amplitud de su publicidad. Así, hubo momentos, según podremos ver

¹⁵ Me refiero a la idea de una práctica de decisión judicial deliberada que *permite* decisiones arbitrarias. Por supuesto que la exclusión normativa de decisiones arbitrarias no evita que de hecho pueda haberlas. Que los tribunales resuelvan de manera autoritativa significa precisamente que su decisión (una vez agotadas las instancias procesales) es vinculante aunque sea equivocada o injustificada (cfr. RAZ, 154-158).

más adelante, en que siendo jurídicamente exigida la motivación de las decisiones judiciales, fue sin embargo limitada su publicidad, manteniéndose su contenido secreto incluso para las partes del litigio.

§8. *Motivación de la quaestio facti y motivación de la quaestio juris.* Según afirmábamos (*supra* §5), la conclusión de la justificación de una decisión judicial constituye siempre un enunciado normativo individual, relativo a la solución jurídicamente debida frente a un caso particular. En ese sentido, justificar una decisión judicial supone no sólo responder a la pregunta acerca de qué clase de caso genérico, disciplinado por una norma jurídica general y abstracta, constituye el caso particular y cuáles son las consecuencias jurídicas que el derecho impone a esa clase de caso, sino que también supone responder a la pregunta por la identificación de las circunstancias fácticas que constituyen el caso particular. La respuesta a esta pregunta la representa, en la motivación sentencia, el enunciado o el conjunto de enunciados que declara los hechos que se estiman probados.

Este último conjunto de enunciados también es susceptible de justificación. Esa justificación será el contenido de la motivación de los hechos (o de la *quaestio facti*). No todas las prácticas jurídicas que han requerido que las decisiones judiciales sean motivadas han exigido, sin embargo, que la motivación comprenda la justificación de los enunciados que afirman los hechos probados que forman el caso particular. Este es, de hecho, un aspecto de la justificación judicial que sólo recientemente se ha ido incorporando al modelo de motivación legal -y que también sólo recientemente ha despertado la atención de la filosofía jurídica (vid. *infra* §128).

En la parte histórica de este estudio se hará referencia a las razones que permiten comprender esa larga ausencia de la justificación de los hechos en la disciplina de la motivación. La parte analítica de este trabajo se concentrará, sin embargo, fundamentalmente en la justificación de la *quaestio juris*. Esa restricción se explica porque el escepticismo acerca de la posibilidad de esa justificación -que se seguiría del reconocimiento de la indeterminación del derecho, promovido por los movimientos antiformalistas de comienzos del siglo XX- es la principal amenaza que acecha al sentido político-jurídico y las funciones de la exigencia de motivación de las decisiones judiciales.

§9. *La parábola de la motivación.* Si tuviésemos que representar en gráfico la historia de la motivación, habríamos de recurrir a la línea parabólica. En efecto, la historia de la motivación describe una curiosa parábola: desde un punto inicial en

que la motivación resulta simplemente inconcebible, la parábola asciende poco a poco hacia el vértice de la institucionalización, para luego comenzar a decaer. Pero lo curioso no es tanto esta forma geométrica –por lo demás, nada infrecuente en la historia de las instituciones y conceptos jurídicos¹⁶-, sino la peculiar relación entre las bases de la legitimidad del poder del juez y la publicidad de las razones que justifican su decisión que esa curva parabólica expresa¹⁷. La parábola de la motivación muestra, en efecto, que si bien desde tiempos inmemoriales se ha buscado fundar en las ideas de imparcialidad y de verdad la diferencia de la decisión del juez respecto de la violencia que debe interrumpir, no siempre la concepción de la verdad y la imparcialidad judicial se ha llevado bien con el juego público de las razones justificativas de la sentencia.

Así, en el momento que fijamos como comienzo de nuestra historia, el del retorno de los juicios de Dios en la Alta Edad Media, la verdad sobre los hechos y sobre el derecho no era algo que el juez pudiera indagar. Única e incontrovertible, la verdad se revelaba a través de la acción decisoria de las partes. El triunfo o la derrota en la prueba representaba a la vez la decisión del litigio y su fundamento, y al juez sólo correspondía testimoniar autoritativamente ese resultado. Decisión judicial con verdad, pero sin razones, por consiguiente, en el primer estadio de la parábola.

En los albores de la modernidad, cuando el conocimiento de los hechos comienza a admitir indagación y prueba racional, cuando el conocimiento del derecho comienza a suponer lectura de textos y argumentación y la autoridad del

¹⁶ Es, por ejemplo, la forma que describe, a juicio de Massimo LA TORRE (1996:51ss.), la historia del concepto de derecho subjetivo.

¹⁷ Plantear la pregunta ético-política por el fundamento de la autoridad respecto de la decisión del juez supone admitir ante todo que ella constituye ejercicio de poder. Eso es algo que, en nuestra opinión, resulta establecido con claridad por el análisis que Hans Kelsen (1960:201-2, 1979:393) realizó del carácter “constitutivo” de la sentencia en el sentido que sólo desde que se dicta existen jurídicamente la norma jurídica particular y concreta (o, en términos generales, los efectos normativos) que constituye su contenido. La pregunta por el fundamento de la autoridad el juez adquiere completa urgencia, por otra parte, si pensamos que la decisión judicial marca el punto en que la promesa de coercibilidad del derecho está más cerca de volverse coacción. Como ha dicho Robert Cover, los actos interpretativos de los jueces “señalan y ocasionan la imposición de violencia sobre otros: un juez articula su entendimiento de un texto y, como resultado, alguien pierde su libertad, su propiedad, sus hijos, hasta su vida. (...) Las interpretaciones del derecho también constituyen justificaciones para la violencia que ya ha ocurrido o que está a punto de ocurrir. Cuando los intérpretes han culminado su trabajo, frecuentemente dejan atrás víctimas cuyas vidas han sido destrozadas por estas prácticas sociales organizadas de violencia. Ni la interpretación legal ni la violencia que ella ocasiona pueden ser atendidas correctamente separadas la una de la otra” (1993:113-114).

juez comienza a requerir en él ambas capacidades, pareciera que todo debería llevar a una verdad judicial con razones. Sin embargo, aunque en cierto sentido se ha vuelto inmanente, la noción de verdad sigue modelada a imagen y semejanza de la unidad divina. Y la obsesión por la unidad incontrovertible, nuevamente aleja a la verdad de las razones. Veremos que en el ámbito del juicio sobre los hechos, el sistema de prueba legal y la tortura traen nuevamente de vuelta a la sentencia la lógica binaria de los juicios de Dios. Y que, en el ámbito del derecho, frente al posible contraste de los argumentos, la *communis opinio* aconseja al juez prudente defender la autoridad de su sentencia a través del silencio sobre las razones de su decisión.

La progresiva configuración de la decisión judicial como función estatal confirmará ese impulso hacia la exclusión de las razones. El juego de espejos que permite a la luz divina reflejarse en el monarca y a la majestad de éste en el juez, no requiere la prueba de la verdad a través de razones. Ella admitirá sólo su confirmación a través, sobre todo, de una señal distintiva: la unanimidad, que sólo se despliega cómodamente en el escenario del secreto.

Las cosas parecerán ir mejor para la motivación en el siguiente estadio, cuando la sociedad deja de dar por supuesta la legitimidad de los poderes y el ciudadano somete a prueba y escrutinio el fundamento de la autoridad política y de la autoridad judicial. A partir de entonces la legitimidad del poder público sólo se ganará (o, por cierto, se perderá) a través del respeto a los derechos (incluyendo los derechos de autonomía e igualdad política que requieren una forma democrática de gobierno) y a la legalidad. Y dado que la legitimidad del poder judicial ya no se da por supuesta, el juez deberá ganarla (o, nuevamente, perderla) en cada sentencia, demostrando que ella se funda en las razones que la ley le proporciona. Estamos en el punto más alto de la parábola y por fin la verdad -que ya no es la verdad de un orden trascendente o divino sino la verdad del gran artificio que es el derecho moderno- exige razones.

Sin embargo, veremos que también en la cultura jurídica moderna resuena cierta nostalgia de la univocidad de la verdad divina, aunque esa nostalgia se vista con el disfraz de fe en el progreso, que permitiría traer al ámbito del saber jurídico el modelo de verdad de los saberes científicos (un modelo de verdad que, para efectos de nuestra parábola, sólo ha cambiado su sotana por un nuevo traje seductor). Así, también bajo el nuevo modelo de legitimidad del poder del juez parecerá imposible aceptar que la decisión necesariamente única del juez no admita una única respuesta correcta, evidente o al menos unívocamente demostrable. Y como sugerirá la en apariencia sorprendente ausencia de la temática de la motivación en el pensamiento

jurídico de la Ilustración, la lógica de la evidencia se contrapone a la lógica de la argumentación y las buenas razones.

Después de lograda la “perfección” del sistema gracias a los códigos, la cultura jurídica del siglo diecinueve no sugirió nunca volver atrás y eliminar por innecesaria la exigencia de motivación. Pero construyó un modelo de motivación que representaba y, a la vez, parecía realizar su anhelo de un derecho cierto, determinado, capaz de proporcionar con precisión matemática una respuesta correcta. No todas las razones del debate procesal tenían cabida en la motivación, lo importante era demostrar a través de ella que había y siempre había habido una única norma jurídica aplicable, una única interpretación posible y una sola respuesta necesaria.

En el último estadio de la parábola, la revuelta antiformalista tira con un soplo ese castillo de naipes e inaugura una temporada de sospecha frente a la motivación. La motivación de las sentencias no será sino un simulacro, que oculta en lugar de justificar las elecciones del juez. Al cubrir con un manto de univocidad y necesidad la decisión, la motivación puede anestesiar algo al litigante derrotado, contribuir a la legitimación del poder del juez y del derecho, pero no hace posible evaluar y discutir su autoridad.

En este punto inquietante nos dejará la *pars destruens* de la crítica antiformalista. Nos dejará incomodados pero también armados de un conjunto que preguntas, en cuyo abordaje residen las claves para intentar recomponer, en la segunda parte del estudio, el sentido y el lugar sistemático de la motivación de las sentencias en un estado de derecho.

PRIMERA PARTE

La genealogía parabólica de la motivación

1.

LOS JUICIOS DE DIOS Y LA AUSENCIA DE LA MOTIVACIÓN DURANTE LA ALTA EDAD MEDIA

1.1. El retorno de las acciones decisorias

§10. *La vuelta a los juegos probatorios de Antíloco y Menelao.* En el siglo V antes de Cristo la sociedad griega abandona las pruebas mágicas y rituales e inventa la indagación. Tras varios siglos de indagación judicial, la caída del Imperio romano marcó el retorno de los mecanismos de prueba a través de juramentos, duelos y ordalías, que dominaban todavía las formas judiciales germánicas. Recuperan entonces vigencia los juegos de prueba que hasta el siglo V a.c. habían caracterizado a las prácticas judiciales griegas y cuyas descripciones nos han sido legadas a través de testimonios literarios, como ocurre por ejemplo con la narración sobre el conflicto entre Antíloco y Menelao que encontramos en la *Iliada* (Canto XXIII). En ella se relata como al final de una carrera de carros, Menelao reclama que Antíloco ha resultado vencedor fraudulentamente, pues ha violado la regla que exigía que al llegar al final del circuito para dar la vuelta, los competidores rodearan y pasaran lo más cerca posible de la baliza colocada al efecto. Sorprendentemente, aunque los organizadores del torneo habían colocado en ese lugar a un sujeto responsable de la regularidad de la carrera, quienes reciben la queja no recurren a su testimonio para establecer la verdad sobre lo ocurrido. La verdad se determina a través del desafío que Menelao lanza a su adversario, exhortándolo a jurar delante de los caballos y el carro, teniendo en la mano el flexible látigo con que los guiaba y tocando los corceles, por Poseidón, el que ciñe la

tierra, que actúo sin dolo. Enfrentado a la prueba del juramento, Antíloco renuncia, no jura y reconoce de ese modo que ha actuado indebidamente.

Cuando esta clase de pruebas sagradas volvieron a generalizarse en Europa, fueron olvidadas las formas racionales de indagación judicial que habían emergido en Atenas durante el siglo V a.c. –y de cuyo nacimiento también tenemos testimonios literarios, como muestra la lúcida lectura que FOCAULT (1978:37ss.) ha hecho del Edipo Rey de Sófocles. Habrá que esperar hasta la gran transformación que, a partir del siglo XII, convirtió a la jurisdicción en función del Estado moderno para tenga lugar un segundo nacimiento de la indagación. Sólo entonces volverá a abrirse un espacio de posibilidad para la motivación de las sentencias. Pues, como veremos a lo largo de este capítulo, el proceso estructurado en torno a los experimentos probatorios simplemente excluye la posibilidad de sentencias motivadas.

§11. *Las incertidumbres sobre la motivación de las sentencias en el derecho romano.* Si bien antes del regreso de los mecanismos irracionales de prueba, cuando el proceso judicial romano todavía se orientaba a la reconstrucción a través de testimonios y otros medios probatorios de los hechos alegados por las partes, la motivación de las sentencias resultaba conceptualmente posible, no hay claridad en los estudios sobre historia del proceso en torno al efectivo carácter fundado de las decisiones de los magistrados romanos. Como señala uno de los contados trabajos dedicados al tema “(m)uy pocos son los autores que, en sus manuales, tratados o en sus trabajos más específicos de Derecho procesal, abordan el problema de la fundamentación de la sentencia” (A. MURILLO VILLAR, 1995:15). La opinión dominante, en cualquier caso, no encuentra en la limitada información que brindan las fuentes huella alguna de la existencia de una obligación para el juez romano de motivar sus decisiones, ni tampoco indicios de que fuera habitual en la práctica judicial la expresión de motivos en las sentencias decisión¹⁸.

En un reciente estudio, Alfonso MURILLO VILLAR (1995) ha discutido, sin embargo, la validez general de esta tesis para el proceso civil romano. El autor sostiene que la inexistencia de una exigencia de fundamentación de las sentencias sólo puede ser afirmada para el procedimiento de las *legis actiones* y para el procedimiento formulario, pero no para la etapa en que la *cognitio extra ordinem* se constituye en

¹⁸ Cfr. SAUVEL(1955:7-8) y MURILLO VILLAR (1995:15-18), donde se realiza una extensa revisión bibliográfica.

cognitio oficial ordinaria¹⁹. En relación a esta última fase, sostiene MURILLO, contamos con el testimonio de disposiciones imperiales de fines del siglo IV que requieren la fundamentación de las decisiones judiciales²⁰. No se debe pensar que se trate de textos que dispongan inequívocamente que las sentencias deban ser motivadas. Ellos aluden, en términos generales, a la necesidad de que una cuidada deliberación o reflexión preceda a la decisión judicial, de modo que su posible referencia a la necesaria *expresión* de las razones que hayan inclinado la deliberación en un determinado sentido es, por consiguiente, materia de interpretación²¹.

Entre los argumentos que MURILLO VILLAR ofrece en apoyo de su tesis, parece jugar un papel preponderante el que alude a la conexión técnica entre la motivación de las sentencias y la *appelatio*, que en esa etapa procesal se consolida. En la medida en que la fundamentación constituye un medio que facilita el conocimiento de la impugnación por parte del juez superior, sería razonable suponer según el autor una extensión de la práctica –en ningún caso prohibida en las etapas anteriores (MURILLO VILLAR, 1995:36-7)- de motivar las sentencias, que habría encontrado consagración formal en las dos constituciones imperiales citadas, cuya insistencia en la calidad de la deliberación del juez habría que situar, por otra parte, en el contexto del vulgarismo imperante en la época post-clásica.²²

Con esta hipótesis que algún estudio futuro posiblemente confirmará –y que, según veremos más adelante (*infra* §34), anticipa una conexión entre la exigencia de motivación y el desarrollo de controles jerárquicos sobre la decisión judicial que será también significativa luego, en el contexto de la formación de los Estados modernos- cerramos esta breve referencia a la incierta presencia de fundamentos en las antiguas sentencias romanas, para concentrar nuestra exploración genealógica en la historia moderna de la motivación.

§12. *Los experimentos probatorios germánicos y su cristianización.* Como decíamos, el proceso judicial alto-medieval –tanto civil como penal, pues se vuelve a la

¹⁹ MURILLO VILLAR (1995:28) matiza además la tesis que niega la presencia de fundamentos en las sentencias del procedimiento formulario, destacando como la fórmula anticipa las razones de la decisión, convirtiéndose en la motivación implícita de la sentencia .

²⁰ Se trata de las disposiciones recogidas en C. 7, 44, 2 y C. Th. 4, 17, 2 (MURILLO VILLAR, 1995:20-24).

²¹ De hecho una interpretación contrapuesta a la de MURILLO VILLAR de una de esas disposiciones puede verse en LLOBELL TUSET (1985:24).

²² Cfr. MURILLO VILLAR, 1995:33ss. y especialmente p. 46.

indistinción de los órdenes jurisdiccionales- fue modelado por la influencia de las tradiciones germánicas, cuya forma de hacer justicia era pública, oral y ritualista. Robert JACOB caracteriza esas formas procesales admirablemente cuando habla de una “liturgia del milagro judicial” (1995:95). Y es que efectivamente el proceso se resolvía, hasta los comienzos de la modernidad, en una liturgia dirigida a invocar la presencia de la divinidad. Su momento central era la práctica del experimento probatorio —duelo, juramento u ordalía— que designaba, a través de la revelación de un signo incontrovertible de culpabilidad o inocencia, al vencedor del litigio. Esa señal no provenía en ningún caso de un proceso indagatorio ni de la confrontación de testimonios o de argumentos de las partes, sino que resultaba siempre de manifestaciones sobrenaturales, inducidas por el rito litúrgico.

Esta liturgia del milagro judicial tiene el mismo sustrato tanto en el tiempo del paganismo germánico, como en la etapa cristiana posterior. La idea común, como hemos dicho, es que una divinidad inmanente, un orden oculto tras el mundo sensible, se manifiesta y resuelve los conflictos ya patrimoniales, ya criminales. En principio, pudiera parecer entonces que en lo relativo a los mecanismos de prueba la cristianización de la sociedad tan sólo significó la sustitución de las antiguas potencias mágicas por la invocación del Dios Uno.

Sin embargo, la cristianización de las pruebas de las sociedades germánicas tiene un aspecto muy relevante, que abre un episodio específico y, en alguna medida, determinante en la formación de la cultura jurídica occidental. Si se observa con atención, la cristianización atenuó el carácter agónico de los mecanismos probatorios y los alejó simbólicamente tanto del azar como de la venganza de sangre. Ella implicó que la decisión del litigio ya no dependía de la capacidad de las partes para atraer el favor del destino o de las ciegas fuerzas sobrenaturales, sino que quedaba entregada al juicio perfecto, clarividente e imparcial de Dios. De esa manera se configura una participación de la decisión judicial en lo espiritual que, de acuerdo a la interpretación que ofrece JACOB (1995:95), sienta las bases de la concepción occidental de la independencia o autonomía del juez en relación al poder político, mucho tiempo antes de que ella se racionalizase bajo la fórmula bien conocida de la separación de poderes.

Como más adelante veremos (*infra* §28), esta creencia que el juicio judicial participa de lo sagrado permaneció indemne mucho tiempo después de que duelos y ordalías hubiesen abandonado la escena judicial y de que Dios se retirara hacia una inescrutable trascendencia. Así, cuando el juez deja de ser un simple testigo del milagro judicial, la sacralidad del juicio sigue presente en la atribución del fundamento de su investidura no al poder del rey, sino a su propia condición de delegado divino.

§13. *El rito judicial*. La estructura básica de los procesos alto-medievales era siempre la misma. El proceso comenzaba con la sumisión voluntaria de las partes a la asamblea o tribunal y con la consiguiente renuncia a la venganza privada. Admitida en público la jurisdicción del tribunal, las partes exponían sus alegaciones. Oídas las partes, era el juez quien resolvía qué tipo de prueba debía practicarse y sobre cuál de las partes debía recaer la carga de la prueba²³. Dictada esta resolución, que podríamos llamar “sentencia de prueba”, se agotaba la potestad decisoria del juez. Respecto del fondo del litigio, el juez nada decidía, se limitaba a dar testimonio de la solución determinada por el resultado de la prueba asignada²⁴.

La práctica de la prueba era precedida por una misa particular, la *missa iudicii*, cuya liturgia estaba orientada por completo a la exaltación del Dios Juez, Dios del Juicio Final y del Apocalipsis. En el centro del rito, el sacerdote instaba al ejecutante de la prueba a no comulgar en caso de ser culpable y luego le daba la eucaristía, diciendo: “Que el cuerpo y la sangre de Nuestro Señor Jesús Cristo te favorezcan en la prueba”²⁵. La validez de la prueba suponía la presencia inmanente de Cristo en el proceso, y la eucaristía encarnaba esa presencia en cuerpo y sangre dentro del cuerpo del ejecutante.

Tras la misa, se procedía ya a la realización del experimento probatorio. En él el papel del juez era el de un testigo cualificado, que se limitaba a garantizar la regularidad del procedimiento y a constatar su resultado, declarando la victoria o la

²³ De acuerdo con las concepciones latentes en el derecho germánico era al acusado a quien correspondía *se expurgare*, es decir, someterse a procedimientos liberatorios para demostrar su inocencia, prestando juramento, o enfrentando la ordalía o el duelo. Pero, en muchos casos, el juez asignaba esta carga al actor, o le permitía desafiar a duelo al adversario para demostrar la propia pretensión (cfr. ALESSI 1989:364 y CAMPITELLI 1989:90).

²⁴ Cfr. ALESSI (1989:363-4) y CAMPITELLI (1989:89). La prueba resolvía indistintamente sobre los hechos ocurridos y sobre el derecho de las partes. Los “hechos” ocurridos sólo parecían ocupar un lugar en este sistema de pruebas en el caso de delito flagrante, pero el estatuto especial a que la persecución de esta clase de ofensas parece haber estado sometida es (aún más) difícilmente calificable como “juicio”: en estos casos los vecinos que descubrían al malhechor actuaban colectiva y directamente contra él, lanzando gritos que actuaban como señal para que todos se unieran a esa “protesta judicial” (BERMAN, 1983:60), que culminaba con su condena inmediata por el juez o la asamblea judicial (cfr. también A. ESMEIN, 1882:49-50). Fuera del caso del delito flagrante se puede decir con M. GASCÓN ABELLÁN (1999:9) que en el contexto del sistema medieval de pruebas “lo que falta es la idea de ‘hecho’, de conducta externa y voluntaria como requisito para la imposición del castigo”: el ilícito era concebido entonces como un “estado psicofísico” que se revela a través de “experimentos místico-gnoseológicos” (CORDERO, 1985:471,468).

²⁵ R. JACOB (1995:98-9).

derrota procesal del ejecutante²⁶. Lo que sí podía variar era el mecanismo de prueba designado para resolver el litigio: duelo, juramento o alguna clase de ordalía.

En el duelo judicial, la inocencia debía manifestarse a través de la victoria en combate entre las partes. En el caso del *juramento* uno de los adversarios, ciñéndose a estrictas fórmulas rituales, juraba la propia inocencia y se auto-maldecía en caso de falsedad, invocando como testigo a Dios y entregándose a su venganza. En algunos casos la parte que juraba podía o debía ser asistida por co-juradores que se exponían también a la maldición divina. Y, por fin, en las *ordalías*, se trataba de que una de las partes o su representante, soportaran algún experimento físico. Por ejemplo, recoger una piedra o un anillo en un caldero de agua hirviendo, sostener con la mano un hierro candente (*judicium ferri candentis*), caminar sobre brasas incandescentes (*examen vomerum ignitorum*), ser sumergido con manos y pies atados (*judicium acque frigidae*), o beber una pócima venenosa. La inocencia quedaba demostrada por la alteración milagrosa de la causalidad natural: si las quemaduras sanaban en un plazo considerado excepcional, si el cuerpo se hundía al ser sumergido²⁷, si se resistía al veneno...²⁸.

²⁶ En el caso de la ordalía, sin embargo, la supuesta pasividad del juez podía encubrir deliberaciones ocultas tras el resultado, ya sea en su preconstitución o en su valoración. Al predisponer el experimento el juez podía determinar su resultado, por ejemplo calculando la toxicidad del veneno o proporcionando secretamente un antídoto, y también tenía espacios de decisión al valorar los efectos de la prueba, por ejemplo al evaluar si había sanado o no en el tiempo previsto la quemadura provocada por el *judicium ferri candentis* (CORDERO, 1985:473-474). En todos estos casos, la mano del hombre acudía en alguna medida en ayuda de Dios para hacer justicia; pero esa intervención ocurría fuera del escenario judicial, para las partes y el público sólo existía la señal divina de inocencia o culpabilidad.

²⁷ El agua, elemento puro, debía rechazar al culpable; hay testimonios, sin embargo, de versiones inversas de esta ordalía, en la que el signo de inocencia era flotar.

²⁸ Para una descripción detallada de estos mecanismos probatorios pueden consultarse: H. LEVY-BRUHL (1964), J. P. LEVY (1965), D. BARHELEMY (1988) y también algunos clásicos de la ilustración jurídica, que se refirieron en duros términos a estas “pruebas que no probaban nada” (MONTESQUIEU, 1748:359), “que podían demostrar cualquier otra cosa, menos la falsedad o la verdad de la acusación” (G. FILANGERI, 1780-1785:160).

1.2. La imposibilidad de la sentencia motivada

§14. *La ausencia de decisión deliberada del juez.* En el contexto de esta clase de juicios, donde la solución de litigio se obtenía a través de pruebas rituales, la posibilidad de una decisión motivada resultaba, en principio, excluida. En primer lugar, porque no existía propiamente una decisión judicial -en el sentido de decisión deliberada *del juez*- que pudiera fundarse. La resolución del litigio se realizaba a través de la *acción decisoria* de las partes (o de una de ellas), de la que el juez se limitaba a dar testimonio²⁹. De ahí que, analizando esas formas procesales, Michel FOCAULT (1978:71) sostenga que “la sentencia no existe, (...) existe simplemente la victoria o el fracaso”, “en el sistema de la prueba judicial feudal (...) [se trata] de una especie de juego de estructura binaria. El individuo acepta la prueba o renuncia a ella. Si renuncia, si no quiere intentar la prueba, pierde el proceso de antemano. Si hay prueba, vence o fracasa y no hay otra posibilidad”.

El juez es un mero testigo de la acción de las partes, que nada resuelve sobre la veracidad de los hechos invocados o la legitimidad de las pretensiones sostenidas por las partes. Sólo constata la solución que resulta directamente, sin la mediación de ningún tipo de deliberación, de la prueba. Y no habiendo ninguna distancia entre la prueba y la decisión, nada hay que pueda ser colmado con razones: falta el espacio conceptual para la fundamentación.

Ese espacio es sustituido por la fe en el milagro judicial que, al ver en la prueba una revelación de la justicia divina, le atribuye a la vez el sentido de decisión y justificación. La parte que fracasa, no sólo pierde por esa razón el juicio, sino que revela que merecía perder. Y lo hace de modo incontrovertible, tanto porque la publicidad escénica e inmediata de las pruebas permite a todos los asistentes al teatro judicial comprobar su resultado, como porque del infalible y perfecto juicio divino no cabe dudar.

§15. *La sentencia de prueba.* Sin embargo, aunque en los procedimientos judiciales de la alta Edad Media no existía decisión deliberada sobre el fondo del litigio, esto es, sobre el fundamento de la pretensión del actor, sí que correspondía al juez, como ya hemos dicho, decidir acerca de la prueba que procedía practicar. Y también le correspondía al juez, para el caso de que el experimento probatorio fuera favorable al

²⁹ Junto a esta técnica decisoria es posible identificar, según la tipología propuesta por Franco CORDERO (1985:456ss.), otras dos técnicas decisorias en la historia del proceso judicial: la decisión deliberada y la decisión aleatoria, sujeta a oráculos o técnicas adivinatorias.

actor, determinar las consecuencias jurídicas que debían seguirse de su victoria. Una resolución esta última que podía formularse de manera condicional, en la misma sentencia de prueba, o bien podía ser establecida tras la prueba, en el momento de la declaración del resultado³⁰. No existe testimonio que sugiera que estas decisiones judiciales fueran explícitamente razonadas, pero cabe preguntarse si era posible plantear a su respecto cuestiones de fundamentación.

Como hemos dicho, para el asunto de fondo del litigio la motivación no era sólo inexistente, ella resultaba inconcebible. En cambio, para estas otras cuestiones relativas a la determinación del tipo de prueba y a la ejecución, la motivación no parece inconcebible sino sólo innecesaria. Y ello por varios motivos. En primer lugar, porque la administración de justicia alto-medieval es un “asunto comunitario” (K. PENNINGTON 1998:10), donde el público asiste al evento judicial, participa activa y directamente en el proceso y manifiesta su asentimiento a la prueba propuesta³¹. En segundo lugar, porque el juez más que sostener ante las partes su decisión en razones, debía defenderla, en último término, con su propio cuerpo, pues en el derecho alto-medieval la impugnación de la decisión se resolvía en la acusación de falso juicio contra los integrantes del tribunal y en su desafío a duelo³².

En síntesis, entonces, la ausencia de fundamentación pública en las decisiones judiciales alto medievales se explica tanto por la técnica decisoria impuesta por las formas procesales, que asignaba a las acciones decisorias de las partes el lugar que hoy reconocemos a los argumentos, como por la naturaleza de la potestad que se atribuía al tribunal o asamblea judicial, que sujetaba el espacio de decisión del juez que no caía en el ámbito independiente del juicio divino a la aprobación comunitaria. Veremos como sólo con los cambios que, en torno al siglo XII, señalaron el comienzo de la modernización jurídica y política y que supusieron, en el ámbito de la función judicial, tanto la racionalización de las técnicas decisorias como la profesionalización de esa función y su reivindicación por las monarquías tardo-medievales, volvió a abrirse en Europa la posibilidad de sentencias motivadas.

³⁰ Cfr. CAMPITELLI (1989:89).

³¹ Cfr. DAWSON (1960:94-5), VAN CAENEGEM (1992:47).

³² Cfr. ALESSI 1989:364.

2. LA APERTURA DE UN ESPACIO PARA LA MOTIVACIÓN EN LA BAJA EDAD MEDIA

2.1. La gran transformación de la escena judicial europea

§16. *Los comienzos de la modernidad política.* A partir del siglo XII y especialmente a lo largo de los siglos XIII y XIV tuvieron lugar en Europa una serie de acontecimientos que transformaron radicalmente la forma de administrar justicia. Los mecanismos alto-medievales de prueba a través de duelos y ordalías fueron sustituidos progresivamente por un sistema de pruebas dirigido a conseguir una reconstitución verosímil de los hechos en el proceso. La función de juzgar fue reivindicada por los titulares del poder político y su organización tendió a volverse centralizada. La centralización condujo a su vez a la profesionalización del oficio de juez. Y, finalmente la profesionalización implicaba vinculación a un saber especial que florecía en las universidades, la *scientia iuris*, que por entonces desarrollaba una nueva doctrina sobre el proceso (el proceso romano-canónico), y proponía nuevos métodos y argumentos sustantivos.

Estas transformaciones en los escenarios judiciales europeos son un elemento más del proceso que condujo a la modernidad política, fenómeno caracterizado, como se sabe, por la diferenciación de los sistemas políticos (el estado) y los sistemas jurídicos. De acuerdo con la historiografía reciente³³, los comienzos de ese proceso

³³ Cfr., entre otros, J. R. STRAYER (1970), H. J. BERMAN (1983:4, 8-9, 50) Y G. POGGI (1992:62ss.).

están marcados por ciertos acontecimientos que ocurrieron en torno al siglo XII: en primer lugar, la reforma gregoriana que, tras la querrela de las investiduras, supuso la constitución de la Iglesia en una organización jerárquica y burocrática que asumió gran parte de las características que distinguirían después a los estados modernos³⁴; los cambios en la agricultura y el desarrollo del comercio; la formación de ciudades y reinos como territorios políticos autónomos; el inicio de un proceso de extensión e intensificación del poder político que condujo al advenimiento de un sistema de gobierno post-feudal (*staendestaat* o gobierno basado en los estamentos) y, finalmente, el desarrollo de las universidades y del pensamiento escolástico. La confluencia de todos estos factores sentó las bases para el desarrollo de los estados occidentales y para la formación en cada uno de ellos “de tribunales profesionales, de un cuerpo de legislación, una profesión jurídica, una literatura jurídica y una ciencia del derecho” (BERMAN 1984:50).

§17. *El nacimiento de la pregunta por la motivación de las sentencias.* Los cambios que esta modernidad incipiente supuso para la administración de justicia coinciden con el nacimiento de la motivación de las decisiones judiciales como problema jurídico. Aunque no hay noticia de la existencia de sentencias que puedan calificarse como motivadas antes del siglo XIII, sí se conocen textos jurídicos -decretales papales y comentarios de decretalistas, sobre todo- que, ya en el siglo XII, comenzaron a preguntarse por la necesidad en derecho de la expresión de las *rationes decidendi* en las sentencias judiciales. Si suponemos que no se trata de una coincidencia fortuita, entonces habrá que buscar en las modificaciones que sufrió la escena judicial las

³⁴ Se ha dicho incluso que esa concepción de la Iglesia “casi reclamaba la invención del concepto de estado” (STRAYER, 1970:34). Destacando cómo en la concepción gregoriana de la Iglesia se encuentran buena parte de los elementos característicos de un estado moderno BERMAN ha sostenido que: “(La Iglesia) afirmó su carácter de autoridad independiente, jerárquica, pública. Su cabeza, el papa, tenía el derecho de legislar, y de hecho los sucesores del Papa Gregorio VII promulgaron un torrente continuo de nuevas leyes, algunas veces por medio de su propia autoridad, otras con la ayuda de los concilios por ellos convocados. La Iglesia también ejecutaba sus leyes mediante una jerarquía administrativa, a través de la cual el papa gobernaba como un soberano moderno gobierna a través de sus representantes. Además, la Iglesia interpretaba sus leyes, y las aplicaba, a través de una jerarquía judicial que culminaba en la curia papal en Roma. Por consiguiente, la Iglesia ejerció los poderes legislativo, administrativo y judicial de un estado moderno. A ello debe agregarse su adhesión a un sistema racional de derecho, el derecho canónico; la imposición de tributos a sus súbditos (...); la conservación, a través de los certificados de bautismo y defunción, de una especie de registro civil; la atribución por el bautismo de una especie de ciudadanía (...)” (1984:113-4).

condiciones que hicieron posible la apertura de un espacio para la pregunta por la motivación de las decisiones judiciales.

Ciertamente la condición básica de posibilidad de la pregunta por la motivación remite al desarrollo de un discurso reflexivo sobre el proceso, de una *scientia iuris* procesal en el marco del renacimiento de los estudios jurídicos. Sin embargo, para que la motivación de la sentencia se constituyera en tema para la ciencia procesal era necesario que en el proceso hubiera efectivamente “sentencia”. Era necesario que cerrara el procedimiento una decisión deliberada del juez acerca del fundamento de la pretensión del actor. De ahí que el abandono del mecanismo alto-medieval de acciones decisorias de las partes pueda ser visto también como un presupuesto de la pregunta por la necesidad de motivación. Por otra parte, otro factor que resulta significativo, si no como presupuesto al menos sí como estímulo a la reflexión sobre la motivación, es la reivindicación de la función de juzgar por el poder político y su profesionalización.

En los siguientes apartados caracterizaré brevemente estas dos modificaciones de la escena judicial europea del siglo XII, ligadas a la apertura de un espacio para la pregunta por la necesidad de motivación de las decisiones judiciales.

2.2. Las nuevas pruebas racionales

§18. *La disputatio*. En torno al siglo XII, el rito de los *judicia dei* comenzó a ser sustituido por otras formas procesales que preveían el recurso a medios probatorios, como la declaración de testigos o la prueba documental, que ya no apelaban a la manifestación de una verdad divina sino que remitían a una forma de conocimiento racional, empíricamente fundada, de los hechos del caso. El renacimiento de este sistema de pruebas racionales aparece ligado a dos fenómenos que se gestaron contemporáneamente y que terminaron confluyendo en las nuevas reglas del proceso judicial³⁵.

El primero de ellos tiene que ver con la conjunción de dos redescubrimientos: el de los textos justinianeos y el de la tradición dialéctica y retórica clásica. Según han mostrado las investigaciones de Alessandro GIULIANI (1988a:529ss., 1988b, 1994), la

³⁵ Junto a estos dos acontecimientos, un factor determinante en el progresivo abandono de los *judicia Dei* fue la prohibición impuesta a los sacerdotes de participar en juicios que comprendieran la práctica de ordalías, resuelta en 1215 por el Cuarto Concilio Laterano. Vid. al respecto J. W. BALDWIN (1961).

recuperación de estas tradiciones modeló la primera fase de la rica elaboración doctrinal que, a partir de las *lecturae* de los textos justinianos, se apropió dúctilmente del diseño procesal del derecho romano tardío y se expresó en la primera literatura de los *Ordines judiciarii*, en las primeras aplicaciones de ese modelo en los procesos eclesiásticos y también, aunque en menor medida, en los litigios ante otros tribunales³⁶. En esta primera fase, que abarcó los siglos XI al XIII, la contienda judicial era concebida como *disputatio*, esto es, como una competición argumentativa entre razones opuestas. La *disputatio* se articulaba según el esquema dialéctico de la *contradictio* entre *probationes* o *confirmationes* y *confutationes* o *reprehensiones*, de manera que el *ordo* procesal se estructuraba en forma acusatoria y se sujetaba al principio de contradicción. De este modo, la contienda física de las partes y su acción decisoria, característica de los juicios de Dios, dejaba su lugar a una contienda dialéctica, en la que los litigantes esgrimían argumentos y pruebas, y a una decisión deliberada del juez acerca del resultado probatorio y acerca del fundamento jurídico de las pretensiones³⁷.

§19. *La indagación.* El segundo de los fenómenos ligados a la supresión de los viejos mecanismos probatorios fue la progresiva extensión al terreno judicial de mecanismos de investigación nacidos en el contexto de las intervenciones fiscales, administrativas y eclesiástico-disciplinarias. Se trata de instituciones como la *inquisitio* carolingia, las investigaciones a cargo de los obispos en los *synodalia iudicia*, la *enquête* normanda o la *pesquisa* española. Todas ellas diversas en sus orígenes históricos, estructura y formas de aplicación, pero con un dato en común: la iniciativa de oficio y la forma general de la indagación, caracterizada por el recurso a un sistema probatorio en el que la prueba testimonial ocupaba el lugar central y se encontraba jurídicamente organizada³⁸.

³⁶ Incluso antes de la generalización de este nuevo modelo procesal en los tribunales públicos, habría sido frecuente según DAWSON (1960:45-6, 1978:180-2), el recurso por los litigantes a arbitrajes privados sujetos a las reglas del incipiente proceso romano canónico. Acerca del interés de la naciente burguesía en evitar el recurso a los *judicia dei* y su preferencia por las nuevas formas probatorias, cfr. WEBER (1922:1048-9).

³⁷ En esta primera fase la prueba era apreciada libremente por el juez; sólo en una fase posterior tomó forma, según veremos (*infra* §20), el sistema de pruebas legales. Cfr. G. SALVIOLI (1927:470-1).

³⁸ Sobre estos mecanismos de indagación en general véase ESMEIN (1882:81ss.), DAWSON (1960:44ss.), GLENISSON (1980) y ALESSI (1989:371ss.). Sobre la *pesquisa* en los reinos de la península ibérica puede verse, entre otros, CERDÁ RUIZ-FUNES (1962).

La indagación judicial de oficio fue introducida primero en el modelo procesal romano-canónico como vía excepcional y extraordinaria de iniciación de los procesos criminales³⁹. Más tarde, fue regulada en sus detalles por una decretal de Inocencio III dictada en 1215, en el mismo concilio que impuso a los sacerdotes la prohibición de participar en ordalías, y en el marco de la política represiva dirigida contra la emergencia herética. Fue reivindicada también por las justicias reales respecto de los crímenes de lesa majestad. Y finalmente, extendida ya por todo el continente, terminó por generalizarse para todo tipo de delitos y por asumir, de hecho, el carácter de proceso penal ordinario⁴⁰.

§20. *La prueba legal*. Estos desplazamientos hacia la indagación en el modelo procesal romano-canónico tocaron, como no podía ser de otra manera, el sistema de pruebas. Se codificaron un conjunto de reglas que sustituyeron la valoración en conciencia por una cuantificación del valor probatorio de los diversos medios admisibles, de acuerdo con cálculos predeterminados. Aunque la introducción del sistema de prueba legal afectó tanto a los procesos civiles⁴¹, como a los procesos criminales⁴², en estos últimos tuvo consecuencias especiales. Sus (aparentes) paradojas hicieron del juicio penal un rito horroroso. Pues la obsesiva búsqueda de certeza que había precedido el establecimiento de los cánones valorativos fijos terminó por hacer difícil la obtención de una prueba plena y esta dificultad condujo a su vez a la tortura para lograr una confesión del reo que cerrara el círculo de la verdad absoluta⁴³. La obsesión por la verdad absoluta hizo de una estrategia inicialmente ideada para limitar

³⁹A diferencia del continente, donde estos mecanismos constituyeron el antecedente del *processus per inquisitionem*, en Inglaterra la aplicación judicial de la indagación condujo a un modelo procesal acusatorio estructurado en torno al veredicto de un jurado. Allí la indagación había adoptado la forma de la *recognitio* —el recurso al testimonio jurado de doce vecinos sobre hechos relevantes para el juicio— y, desde el reinado de Enrique II, se convirtió en la forma de investigación típica de la justicia real. Sobre este sinuoso tránsito cfr. BERMAN (1983:448ss.) y DAWSON (1960:118ss.).

⁴⁰Una síntesis de los hitos centrales de este proceso puede verse en ALESSI (1989:371ss.). ALESSI (376) destaca como la generalización y la expansión de la *inquisitio* supuso una ingente tarea doctrinal para tratar de borrar las huellas de su excepcionalidad. Un esfuerzo jurisprudencial de “normalización” para intentar superar el “escándalo” medieval de un proceso sin acusación. Un proceso que violaba, pues, las reglas intocables del *ordo iudicarius*, que habían sido rodeadas también de sacralidad a través del recurso a un arquetipo bíblico, la disputa entre Dios y Adán en el Paraíso. (Cfr. PENNINGTON, 1998:17).

⁴¹ Cfr. CAMPITELLI (1989:95,99).

⁴² Cfr. ALESSI (1989:376ss.) y SALVIOLI (1927:465ss.).

⁴³ Impidiendo con ello de paso, como precisa ALESSI (1989:377), la apelación de la sentencia.

el arbitrio del juez (VAN CAENEGEM 1992:134) una pieza esencial en la configuración de un poder de indagación autoritario, capaz de disponer del cuerpo del imputado para penetrar en los últimos reductos de su alma.

Es impresionante como en esta evolución del sistema probatorio del proceso romano canónico respecto de las primeras reglas del *ordo judicarius* resuena latente la nostalgia de la lógica binaria propia de los juicios de Dios. En efecto, la similitud entre prueba legal y juicios de Dios es notable. Como ha mostrado Luigi FERRAJOLI (1989:133ss.), el vínculo que la prueba legal establece entre decisión y comprobación de los hechos es puramente ilusorio y el criterio de verdad al que remite es sólo aparentemente racional. En el fondo, es tan irracional como el que subyace a los juicios de Dios. La *apariencia* de racionalidad del sistema de prueba legal se deriva del carácter enmascaradamente deductivo que en él presenta la fijación judicial de los hechos, en cuanto parte como premisa de la norma jurídica que asigna a un cierto medio probatorio un determinado valor de verdad. Puesto que “es falsa cualquier generalización sobre la fiabilidad de un tipo de prueba o conjunto de pruebas” esta apariencia de racionalidad se resuelve en similitud de la prueba tasada con los juicios de Dios:

“La idea de la prueba como ‘suficiente’ —dice FERRAJOLI (1989: 135-136)—, gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación. En estas pruebas mágicas (...) un hecho natural (...) viene considerado como prueba o signo suficiente de culpabilidad o de inocencia. A diferencia de lo que ocurre en las pruebas legales, la experimentación de tal hecho no está dotada en realidad de ninguna fuerza inductiva; y la norma sobre la prueba, en vez de una falsa ley natural o una regla de experiencia, es una ley sobrenatural, una tesis mágica o religiosa o un artículo de fe. El esquema lógico y epistemológico es sin embargo el mismo: el de la deducción de la conclusión judicial como necesaria (y no como probable) a partir de la prueba practicada y de la norma que le confiere a ésta valor probatorio o inmediatamente expresivo del hecho probado”.

La continuidad entre juicios de Dios y prueba legal apoyada en la tortura en el proceso penal ya había sido destacada durante la Ilustración. FILANGERI (1780-1785:libro III, cap. XI, 192-5), por ejemplo, sostenía que “si se considera la tortura como el criterio de la verdad, se encontrará que es tan falaz y tan absurda como los *juicios de Dios*. La disposición física del cuerpo determina tanto en aquella como en éstos el éxito de la prueba. En la una y en los otros puede ser condenado el inocente y

absuelto el verdadero reo; en la una y en los otros lo que determina la verdad no tiene relación alguna con ella”⁴⁴.

§21. La evolución hacia la indagación parece haber cerrado rápidamente una parte del espacio que la sustitución de los antiguos mecanismos probatorios había abierto a la motivación de las decisiones judiciales. Las reglas de la prueba culta o legal parecían eliminar toda deliberación del órgano judicial en la apreciación de la prueba. Se volvía a delinear la posición del juez ante la prueba de un modo cercano al rol de simple testigo que tenía en la constatación del resultado de los juicios de Dios, aunque ahora su tarea se agotaba simplemente en sumar y restar valores probatorios predeterminados. Clausurada la posibilidad de deliberación, sustituida por simples cálculos, ya no parece haber nada que pueda requerir motivación en el juicio fáctico.

Pero, aunque en materia penal las intensas exigencias de secreto y la “concepción fuertemente autoritaria del proceso” como instrumento capaz de procurar una “verdad absoluta” (P. ANDRÉS IBAÑEZ, 1992:277) harían pronosticar una respuesta negativa, aún seguía abierto un espacio para la pregunta por la motivación del juicio jurídico. Antes de considerar cuáles fueron estos resquicios y las respuestas, doctrinales y políticas, que recibió la pregunta por la motivación, es importante, sin embargo, tener presente otro factor que puede haber servido como impulso a su formulación.

2.3. La constitución del poder judicial

§22. *La jurisdicción como función real.* La segunda modificación que la escena judicial europea sufrió en torno al siglo XII y que interesa considerar ahora a propósito del nacimiento de la pregunta por la motivación de las sentencias, es la progresiva reivindicación de la función judicial por parte de las monarquías tardo-medievales y su creciente profesionalización⁴⁵.

⁴⁴ Una apreciación similar puede encontrarse en C. BECCARIA (1764:249-50).

⁴⁵ Refiriéndose a la constitución en esta época de la actividad judicial como función ligada al poder político, dice M. FOCAULT que “el poder judicial no existía en la Alta Edad Media, la liquidación era una materia que resolvían los individuos entre sí: sólo se pedía al más poderoso o a aquel que ejercía la soberanía en función de sus poderes políticos, mágicos y religiosos que comprobaba la regularidad del procedimiento y no que hiciese justicia. No había un poder judicial autónomo y tampoco un poder judicial que estuviera en manos de quien detentaba el poder político” (1978:75). Al mismo tiempo que iba constituyéndose este espacio de poder, que suponía el control de la “circulación judicial y litigiosa de los

Antes del siglo XII la justicia había comenzado ya a perfilarse como la función real por excelencia, especialmente en algunos reinos, como el franco, el visigodo, el longobardo y el anglosajón. Eran los reinos más estables y mejor organizados, los que habían resuelto las diferencias tribales y grupales, y aquellos en los que el rey pudo superar su papel de jefe guerrero y asumir la responsabilidad general de preservar la paz y administrar justicia. La comprensión de esta función civil fue modelada por el cristianismo y la Iglesia, que al mismo tiempo que exaltaba la posición del monarca — del rey o emperador— como enviado de Dios e intermediario entre el cielo y la tierra, definió su rol como “el intérprete, el custodio y el ejecutor de la ley y *ratio* divina y natural, el abogado de la Iglesia, el instrumento para la realización en este mundo del ideal cristiano de la paz, de la justicia y de la protección de los débiles y de los pobres” (A. MORANGIU 1953:694-5)⁴⁶.

Aunque la *jurisdictio* del rey juez no se agotaba en la actividad estrictamente judicial, una de las manifestaciones del nuevo papel del monarca fue el desarrollo de una justicia real que, a través de oficiales reales que actuaban localmente o de la *curia regis*, se ocupaba del juicio de ciertas ofensas que supusieran una afectación de esa idea de paz real⁴⁷.

Hasta la época de la revolución papal, sin embargo, la función real se caracterizó por su debilidad, pues las estructuras económicas y sociales no estaban en condiciones de soportar el peso de instituciones políticas siquiera mínimamente centralizadas⁴⁸. A partir de entonces, el poder real tendió a secularizarse, su concepción territorial se fue fortaleciendo y su presencia legislativa, administrativa y judicial se vio progresivamente acrecentada. En el terreno que ahora nos interesa, el reforzamiento de las monarquías

bienes”, los más poderosos procuraron su concentración, en un proceso que comprendía también la concentración del poder armado y de la riqueza y que alcanzó su madurez con la formación de las grandes monarquías medievales (74ss.). Más tarde, como indica STRAYER (1970:43), “los soberanos empezaron a comprender gradualmente que la justicia era algo más que una fuente de ingresos [especialmente a través de multas y confiscaciones]. Era un medio para afirmar la autoridad e incrementar el poder del rey y de los más grandes señores”. Otras referencias a la conformación de la justicia como función reivindicada por quienes detentan el poder político pueden encontrarse en van CAENEGEM (1987:114-126) y en DAWSON (1960:5-7).

⁴⁶Palabras semejantes eran las que expresaban los reyes en los juramentos de coronación. Cfr. MORANGIU, 1953:710ss.) y BERMAN (1983:66-67).

⁴⁷Cfr. ULLMAN (1961:159ss.).

⁴⁸La economía seguía siendo predominantemente local, la tecnología existente no permitía comunicaciones eficientes entre centro y periferia y “los funcionarios reales (...) tendían a convertirse en líderes de comunidades locales autónomas más que en agentes de la autoridad central” (STRAYER, 1970:24).

territoriales se tradujo en la formación de un una corte central profesional de justicia, desgajada del consejo real, a la cabeza de un cuerpo estratificado de oficiales profesionales con funciones judiciales. Con estas instituciones se iniciaba el proceso de centralización de la justicia y de unificación jurídica del reino en torno al derecho real que se acentuaría bajo el absolutismo y se prolongaría a lo largo de todo el Antiguo Régimen⁴⁹.

La estrategia para expandir el poder de la justicia real en detrimento de las jurisdicciones locales, señoriales y eclesiásticas se dirigió primero a restringir su competencia mediante diversos expedientes: la reserva del conocimiento de ciertos casos, generalmente crímenes graves (*casos de corte, cas royaux, pleas of the crown o pleas of the sword*); la afirmación de competencia *in casibus negligentiae*, cuando por supuesta negligencia del señor el oficial real llegara a tener conocimiento de una causa antes que él y, finalmente, el establecimiento de procedimientos especiales o de privilegios que permitían a los litigantes en materias civiles eludir a los tribunales del señor local y recurrir directamente a uno real (algo que la implementación en la justicia real de los nuevos mecanismos probatorios hacía atractivo)⁵⁰. Luego, y solamente en el continente, se afirmó respecto de las jurisdicciones señoriales una competencia real a través de la apelación, configurada según el modelo del procedimiento romano imperial, cuyo conocimiento en última instancia correspondía a la corte central⁵¹.

§23. *La autoridad del juez y la pregunta por la motivación de las sentencias.* Esta progresiva reivindicación de la función judicial por el poder monárquico significó trasladar también al ámbito de la justicia la relación directa entre rey y súbdito que se pretendía imponer en el terreno político por sobre la pluralidad de diafragmas medievales. Si se toma como punto de comparación la antigua composición de los

⁴⁹ “La creación de una corte real central de justicia -señala BERMAN (1983:466-7)- fue característica del temprano desarrollo del moderno tipo de estado occidental. Representó a la vez la combinación y la separación del poder político (*imperium*) y de la justicia jurídica (*jurisdictio*) -su combinación en la función real y su separación legal en los cargos de consejo real y corte real”.

⁵⁰ Cfr. CORDERO (1985:345-6), ESMEIN (1882:21-4) Y STRAYER (1970:43-5). Sobre los “casos de corte” en el reino castellano-leonés puede verse la *Partida* III, III, 5 y también E. PEDRAZ (1990a:147-8).

⁵¹ Cfr. DAWSON (1960:55ss.), ESMEIN (1882:24-31) y VAN CAENEGEM (1991:10ss). La introducción de la apelación permitió afirmar la pertenencia de la jurisdicción suprema al monarca, como muestran las siguientes palabras que en el siglo XV dirigía el jurista De la Torre a Enrique IV: “pues de la justicia criminal y civil de todos (el rey) es soberano; y como quiera que de algunos pueblos y jurisdicciones aya fecho merced a sus duques, condes, marqueses y otros ricos hombres, pero la apelación y soberanía siempre queda anexa o subjecta a su chancillería y corona real” (cit. en PEDRAZ, 1990a:152).

cuerpos judiciales y las formas de participación que entonces se reconocía a la comunidad en la administración de justicia, resulta claro que la centralización de la función judicial supuso “el paso de ser juzgado por los propios pares a ser juzgado por los propios superiores” (R. VAN CAENEGEM, 1991:123) y, por lo tanto, una ruptura respecto de los principios que habían fundado la autoridad de los antiguos cuerpos judiciales⁵².

Según nuestro parecer, esta ruptura incidió en la genealogía de la motivación de las decisiones judiciales en un doble sentido. Por una parte y según veremos más adelante (*infra* 3.1.), la articulación de un nuevo fundamento para la autoridad de los jueces en torno a la majestad de la función judicial (y al halo de sacralidad que la rodea) es clave para comprender los avatares de la motivación a lo largo del *ancien régime*. Por otra parte, y esto es lo que interesa considerar en este momento, el control estatal sobre la función judicial parece haber actuado como un estímulo para la elaboración doctrinal del conjunto de reglas constitutivas del *ordo iudiciarius*, en especial en su primera etapa, y para la progresiva identificación de algunas de ellas como derechos de los súbditos que no podían ser desconocidos por el príncipe. K. PENNINGTON (1998:23ss.) se ha referido recientemente a la paradoja que supone imaginar a los juristas medievales ocupados, al mismo tiempo, en crear una nueva doctrina sobre los derechos procesales de los súbditos y en exaltar la autoridad del príncipe con metáforas rutilantes. El autor defiende, sin embargo, la plausibilidad de esa imagen: “Los juristas parecen haber reaccionado contra su propia exaltación del poder del príncipe. A medida que los juristas tomaban conciencia de que todo el derecho positivo residía en la voluntad del príncipe, parecen haber cedido a la profunda convicción de que el derecho del acusado a un proceso no podía ser dejado exclusivamente a su arbitrio” (1998:23).

⁵² El uso medieval del juicio por los propios pares, agrega luego VAN CAENEGEM, “se perdió en parte en las ciudades en que *escabinos* nombrados desde lo alto o cooptados eran jueces de sus pares ciudadanos, pues ellos habían sido elevados más alto por el gobierno, que prohibía incluso las críticas a su actuación; se perdió completamente cuando fueron instituidos los grandes tribunales centrales de las monarquías tardo-medievales” (1991:124). Sobre el principio de juicio por los pares puede verse también ESMEIN (1882:3ss.).

2.4. La *communis opinio doctorum* y la reducción del espacio para la motivación

§24. *Si cautus est iudex, nullam causat exprimet.* La discusión doctrinal acerca de los rasgos jurídicamente necesarios del proceso, estimulada por el propósito de rodearlo de una dignidad que lo mantuviera inmune a las intervenciones del príncipe, se ocupó del problema de la motivación de las decisiones judiciales. La respuesta de los juristas sobre su necesidad jurídica, desde el siglo XII y hasta el final del Antiguo Régimen, fue, sin embargo, predominantemente negativa⁵³.

La *communis opinio* de los juristas, formada a partir de los comentarios de los canonistas a los decretos relativos al procedimiento romano-canónico reunidos por el papa Gregorio IX bajo el título *De sententia et re iudicata*, consideraba que la motivación de las sentencias no resultaba ni generalmente obligatoria ni excluida por el *ius commune*, pero advertía al juez de la conveniencia del silencio, atendiendo al riesgo que suponía la expresión de las *causae* de la decisión para la autoridad de la sentencia, que quedaba entonces expuesta a la impugnación por fundarse en causa falsa o errónea⁵⁴.

⁵³ Con todo y aunque ya no en el terreno del *ius commune* sino en el de las intervenciones legislativas del príncipe, la virtualidad garantista de la exigencia de motivación en el contexto de un cambio en el fundamento de la autoridad de los órganos judiciales parece haber sido, en algunos casos, efectivamente apreciada. Así cuando Florencia y otras ciudades italianas pasaron, en el siglo XVI, de la organización republicana -con órganos judiciales integrados por ciudadanos electos (VAN CAENEGEM, 1991:124)- al principado -con un tribunal real central profesional, la Rota-, fue establecida, precisamente en medio de la crisis que supuso ese tránsito, la motivación obligatoria y pública de las decisiones de la Rota (*infra* §32). Esta aparición, excepcional en el contexto europeo, ha sido interpretada por ASCHERI (1995a:59) como un intento de demostrar “que la nueva institución se insertaba en el surco ideal de las tradiciones comunales, consintiendo un control más adecuado y difuso sobre la actuación de los jueces”.

⁵⁴ “Si cautus sit iudex, nullam causat exprimet” decía el Hostiense (HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Venetiis, 1570, lb. II, titulus De sententia, cpv. Qualiter proferri debeat, 199v.). “Notissima est in iure conclusio, quod in sententia non est causa inserenda” repetía DE CAEVALLOS, y explicaba que “alias enim fatuus esset iudex, qui id faceret, utpote, quia aperit viam suae ipsius impugnandae sententiae” (*Speculum aureum omnium communium contra communes*, I, Venetiis, 1604, q. DCCXVIII). (Ambos citados en MASSETTO, 1989:1225 y 1224, respectivamente). Aunque la doctrina consideraba que la motivación no era un requisito para la validez de las sentencias, había ciertos casos en que alteraba la regla de la cautela y recomendaba al juez incluirla, con el sólo objeto de permitir la determinación precisa del objeto de la decisión cuando quedaran a salvo acciones de las partes (cfr. TARUFFO, 1974:282-3 y MASSETTO, 1989:1226-7).

§25. *Presunción de corrección de la sentencia.* No había, por lo demás, razones para correr el riesgo de impugnación que suponía la motivación, pues, como había sostenido ya Inocencio III en una decretal de 1199, la corrección de la sentencia *propter auctoritatem iudicariam praesumi debet*, la sentencia goza de una *praesumptio iuris* de corrección, derivada de la *auctoritas iudiciaria*⁵⁵. La recomendación usual en cuanto a la forma de las sentencias sugería al juez atenerse estrictamente a las fórmulas sintéticas -del tipo “*visis et auditis rationibus utrisque partis et testibus inspectis, habito sapientum consilio, ...*”- que se limitaban a dar cuenta, antes de la enunciación de la parte dispositiva, de que el *ordo iudiciorum* había sido observado⁵⁶.

Como ha dicho Michele TARUFFO (1974:284), esa *communis opinio* jurisprudencial parece expresar la “convicción de que la autoridad de la sentencia es tanto mayor cuanto más ella asuma la forma de un *dictum* inmotivado”. Según veremos en el próximo capítulo, esta convicción no estaba ligada sólo a las razones prudenciales aludidas por los juristas, preocupados del mayor riesgo que la expresión de sus *causae* podía significar para la estabilidad de las sentencias, sino también a una precisa concepción sobre el fundamento de la autoridad judicial.

⁵⁵ Francesco VIVIO dirá en su colección de opiniones comunes (*Vivius, Communium opinionum doctorum utriusque censurae liber primus*, Venetiis, 1566, cit. en MASSETTO, 1989:1224) que “*ratio istius communis videtur haec, quia Iudex relevatur á iure ab expressione causae in sententia illud est propter praesumptionem iuris quae est pro iudice...*”.

⁵⁶ Cfr. SAUVEL (1955:21) y TARUFFO (1975:321).

3. *ARCANA IUSTITIAE.* EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

3.1. La majestad de la función judicial y el principio de exclusión de la motivación

§26. *Auctoritas y maiestas del juez.* Como acabamos de ver, las transformaciones que la escena judicial europea sufrió a partir del siglo XII afectaron también las bases que fundaban la autoridad judicial, particularmente en virtud de la progresiva reivindicación de la función judicial por parte de las monarquías tardo-medievales y de su creciente profesionalización. Estos cambios modificaron las bases comunitarias en que hasta entonces se había apoyado la administración de justicia, dando lugar a un desplazamiento desde el juicio por los propios pares, al juicio por los propios superiores y desde la comprensión del derecho como un saber común ancestral, a su comprensión como un saber técnico, que se reconoce en alguien no por su aptitud carismática, sino por su competencia profesional⁵⁷.

Estos desplazamientos nos sitúan, a medida que avanza la configuración de la actividad jurisdiccional como una función del estado moderno, frente a un juez cuya autoridad se funda en su saber profesional –en su *auctoritas*- y en su calidad de representante del monarca, abrigado también por el halo de su *maiestas*. Mientras el primero de esos fundamentos parece perfectamente compatible con una exigencia de

⁵⁷ Según las expresivas palabras de CORDERO (1985:529), “de posesión carismática el talento iusdiagnóstico se vuelve asunto técnico; desaparecen los rabadomantes del sentimiento comunitario”. Cfr. también M. WEBER (1922: 525ss y 629 ss.).

dar cuenta públicamente del saber en que una cierta decisión judicial se funda, veremos en esta parte del trabajo como la majestad de la función judicial, al volver autocrático ese saber, puede explicar el asentamiento durante el Antiguo Régimen de un principio de exclusión de la necesidad de sentencias públicamente fundadas.

Aunque la disciplina de la motivación de las sentencias durante el Antiguo Régimen admitió, según veremos en el siguiente apartado, prácticas y estrategias legislativas diversas, las razones que las inspiraron no parecen invalidar una razón de principio que hacía *prima facie* innecesaria esa motivación: si el juez es un delegado del monarca, el reflejo en él de su majestad excluye la idea de que deba justificar públicamente el ejercicio de su autoridad⁵⁸.

§27. *Superiorem non recognoscens*. La majestad del monarca remitía en primer término a su supremacía, esto es, a la inexistencia en la tierra de un superior ante quien rendir cuenta de sus decisiones⁵⁹. Esa posición excluía la necesidad de justificar públicamente las decisiones que él o sus delegados —y en especial los tribunales o cortes centrales— adoptaban, pues fundarlas habría supuesto, rendir cuentas frente a otro y por consiguiente, como señala Letizia GIANFORMAGGIO, “admitir que no se es titular de la soberanía” (1986b:40).

Gian Paolo MASSETTO da cuenta de la forma en que esa supremacía se transmitía a los jueces reales, reseñando los dichos de diversos juristas de los siglos XVI y XVII:

“Los integrantes de los tribunales supremos son *“partes corporis principis”*, *“ipsum repraesentant”*, o sin más *“inherent principi sicut stellae firmamento coeli”*, y si el *“princeps videtur procedere tanquam Deus in terris”* —un Dios que es verdad y que por lo tanto no puede errar—, entonces algo semejante puede decirse de los cuerpos judiciales por ellos compuestos: en referencia al Senado de Casale Monferrato, Rolando della Valle escribía precisamente que aquél *“iudicat tanquam Deus”* (1989:1204).

⁵⁸ Es la tesis que sostiene también Paul GODDING, cuando afirma que “la majestad de la función judicial excluye toda idea de justificación de la sentencia” (1978:20).

⁵⁹ Antecedente de la misma idea de soberanía que será afirmada a medida que se avance hacia el estado absoluto. La supremacía del monarca medieval era un rasgo que provenía, según destaca W. ULLMAN (1961:155 y 175-6), de su faz de “rey teocrático”, que se agregó —con la incorporación las ceremonias de ungimiento real y la concepción de la facultad de gobierno como una concesión divina— a su faz de “rey feudal”. Mientras bajo su función feudal el rey “tenía que actuar bajo consulta y acuerdo con las otras partes del contrato feudal o, cuando menos, con los barones”, bajo su función teocrática “el rey es libre: cuando opera como vicario de Dios no es responsable ante nadie, y puede desplegar todo el poder que le ha sido otorgado por aquél”.

Las consecuencias que de esa supremacía se seguían fueron retratadas vívidamente por el jurista Jacques D' ABLEIGES, quien escribía, a fines del siglo XIV, que la corte real no se encontraba obligada a seguir ningún “estilo” porque “ella puede hacer lo contrario cuando le plazca, pues el tribunal capital del reino y el rey es emperador en su reino”⁶⁰. Aún en 1774 la idea de supremacía y su vínculo con la exclusión de la motivación de las decisiones de los tribunales supremos encontraba eco en las quejas indignadas con que el *Sacro Regio Consiglio*, tribunal supremo del reino de Nápoles, recibía la pragmática real que le imponía la obligación de motivar sus decisiones, porque ella le impediría en adelante sentenciar “con fórmulas breves, majestuosas e imperativas como conviene a un magistrado Supremo” y a una corte que no era sino la boca del Rey, “quien aparece como presidiendo este tribunal”⁶¹.

§28. *Majestad y sacralidad.* Las alusiones que las citas recogidas por MASSETTO hacen a la similitud entre juicio real y juicio divino nos introducen en el contenido de una segunda dimensión de la majestad de la justicia, que la conecta con el halo de sacralidad y misterio que rodeó a la imagen real y sobrevivió incluso a su progresiva secularización y juridificación. Como ha mostrado Ernst KANTOROWICZ en su célebre obra *Los dos cuerpos del rey*, la estrategia que hizo posible esa supervivencia se apoyó fuertemente en la idea de participación del juicio judicial en lo misterioso y lo sagrado, característica de los ritos procesales premodernos.

Así, según KANTOROWICZ (1957:93ss.) la tarea de los teólogos de la monarquía, que habían conseguido fijar un aura de divinidad sobre el rey, fue continuada tras la lucha por las investiduras por los juristas de la corona, que recurrieron para ello precisamente a la imagen del rey-juez. Esa reconstrucción del fundamento de la divinidad del príncipe, que permitiera desligarla de la consagración, se apoyó en ciertas metáforas tomadas del derecho romano: primero la idea según la cual los juristas y los jueces, y por tanto los reyes-jueces, eran “sacerdotes de la justicia”, tomada de un

⁶⁰ Citado por SAUVEL (1955:24). Ideas semejantes aparecen expresadas también en este pasaje del *Style de la Chambre des Enquetes du Parlement de Paris* (de 1337, cit. por P. GODDING, 1978:52): “*Nec debent cuilibet apparere secreta curie supreme, que non habet nisi Deum superiorem, que curia quandoque contra iuris rigorem, vel etiam contra ius aliquociens, ordinat ex causa iusta apud Deum suum superiorem, que forte non reputaretur iusta sive procedere de iure, quod ius non ligat Regem, tamquam superiorem et solutum legibus et iuribus, et contingit aliquotiens propter causas quas non licet cuique dicere nec exprimere*”.

⁶¹ Cfr. MASSETTO (1989:1236).

párrafo de ULPIANO en el Digesto⁶² y, luego, la metáfora secular del príncipe como *lex animata*, cogida de la Novela de Justiniano, que convertía al rey en ley viva o animada, encarnación de la justicia, intermediario entre el derecho divino y el derecho humano. Veamos como lo explica el propio KANTOROWICZ:

“Así fue como pasaron, a través de la escuela de los juristas, algunos de los antiguos atributos y símiles más queridos de la realeza -el rey inspirado por la divinidad, el rey oferente, el rey sacerdote- de la época litúrgica y de la realeza cristocéntrica, y se adaptaron al nuevo ideal de gobierno centrado en la jurisprudencia científica. Desde luego, es cierto que los antiguos valores litúrgicos de la realeza no dejaron de existir, y que incluso, con diferentes grados de intensidad, persistieron, aunque rezagados, en su contexto original; si bien su sustancia palidecía progresivamente conforme disminuía la importancia legal y religiosa de las consagraciones reales. De todos modos puede decirse que los juristas salvaron gran parte de la herencia medieval al transferir ciertas propiedades específicamente eclesiásticas a la realeza de marco legal, preparando así el nuevo halo de los nacientes Estados nacionales y, para bien o para mal, de las monarquías absolutas” (1957:129)⁶³.

⁶²“Somos dignos de ser llamados los sacerdotes de este arte: pues veneramos a la Justicia y profesamos la sabiduría de lo bueno y lo justo” (Digesto 1,1,1, *De iustitia et iure*). Esta comparación ya era un lugar común en el siglo XII, como muestra esta cita de una colección de definiciones legales de esa época: “Existe una cosa sagrada que es humana, como las leyes; y existe otra cosa sagrada que es divina, como aquellas cosas que pertenecen a la Iglesia. Y entre los sacerdotes, algunos son sacerdotes divinos, como los presbíteros; otros son humanos, como los magistrados que son llamados sacerdotes porque administran cosas sagradas, esto es, las leyes” (citada por KANTOROWICZ, 1957:124).

⁶³ De la pervivencia del halo de misterio y sacralidad en torno a la realeza da cuenta, aún en el siglo XVI, el uso habitual, en la literatura jurídica y política, e incluso en el lenguaje común, de la fórmula de los *arcana imperii*, o “misterios del estado”, para designar los secretos del ejercicio del poder, transponiendo los *mysteria ecclesiae* al ámbito secular (M. STOLLEIS, 1995). Con esa transposición de nuevo colabora, por cierto, la “lingua mezzo-teológica” de los juristas que a través, por ejemplo, de la teoría del *corpus mysticum* del rey y el paralelo entre *Christus* y *Fiscus*, trataron de asegurar para el estado una perpetuidad o sempiternidad que hasta entonces sólo se había atribuido a la Iglesia y al Imperio romano (KANTOROWICZ, 1965:passim. y 1957:187ss.). Es interesante notar, en el marco de este breve recuento de los desplazamientos en la sacralidad del poder (y el saber) real, cómo la ciencia jurídica que iba elaborándose en torno al derecho romano justiniano sirvió para establecer una distancia entre el rey -que era justicia y ley animada en cuanto poseedor de ese saber, personalmente y a través de los juristas de la corona- y los súbditos que debían venerar y obedecer. Pese a la racionalización que la recepción del derecho romano supuso respecto del juicio jurídico (WIEACKER 1980:177ss.y 339ss.), la ciencia del derecho aparecía como un saber misterioso, oculto: una *religio juris*, en palabras de los glosadores (KANTOROWICZ, 1957:141-2). R. AJELLO (1976:139-40) lo ha resumido magistralmente: “la visión formal, ideal, sacral del derecho y de la tradición revelaba sus caracteres de instrumentum regni en manos de los sabios, es decir, de los juristas. (...) Un motivo que llevaba desde los *arcana religionis* a los *arcana dominationis*, y de ellos a los *arcana juris*”.

Si el halo sacro de la realeza había sobrevivido gracias a la imagen del rey-juez, se entiende que sus reflejos brillaran en el ritual judicial, transmitiendo al juez y a la sentencia una autoridad desnuda de razones. Así lo expresan diversas metáforas alusivas a la presencia de Dios en el juicio judicial que, como explica Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ (2002:6-8), fueron usuales durante el Antiguo Régimen. Esas referencias a, por mencionar un ejemplo, la “función celeste” de los jueces, que les aseguraba un rango teológico equivalente al de los ángeles (RENOUX-ZAGAMÉ 2002:7), resultaban confirmadas por la iconografía judicial. Según ha mostrado Robert JACOB (1995:101-2), la escena del juicio se encontraba impregnada de remisiones a lo sagrado, que iban desde las imágenes del juicio final que eran el decorado usual de las salas de audiencia, hasta la articulación del espacio en torno a un eje formado por el cuerpo de los jueces y, sobre ellos, un Cristo crucificado o un Cristo del Apocalipsis. No menos próximo a lo sacro era el ritual judicial, según se desprende de la siguiente descripción de las sesiones del Tribunal Imperial de Federico II, ofrecida por KANTOROWICZ:

“organizadas con una solemnidad comparable al ceremonial de la Iglesia, se apodaban ‘el más santo ministerio (misterio) de la justicia’ (*iustitiae sacratissimum ministerium [mysterium]*), en el que los juristas interpretaban el ‘culto a la justicia’ en los términos de una *religio iuris* o de una *ecclesia imperialis*” (1957:106).

§29. *La regla de la unanimidad y el secreto.* Más allá de la fuerza de esas imágenes, el vínculo entre majestad de la decisión judicial, sacralidad y secreto tuvo expresión en una regla que ocupaba un lugar prominente en la disciplina de la judicatura bajo el Antiguo Régimen: la exigencia de unanimidad en la decisión. El fallo del tribunal debía ser (o al menos parecer) siempre unánime y la deliberación de la decisión en los tribunales debía por ello ser secreta, comprometiéndose sus integrantes a no revelar jamás su contenido ni la eventual diversidad de los votos⁶⁴.

Una vez redactada la sentencia, debía ser firmada por todos, aún por los que no estuvieren conformes con el contenido de la decisión. Para el público sólo debía existir la apariencia de unanimidad, pues la justicia de la decisión no derivaba de la deliberación, del intercambio de razones —tanto así que, de acuerdo a una ordenanza de la Real Chancillería de Toledo de 1525, en la formación del acuerdo los votos debían pronunciarse “sin decir palabras, ni mostrar voluntad de persuadir a otros”—, sino de la

⁶⁴ Sobre estas reglas cfr. GARRIGA y LORENTE (1997:108-9), quienes se refieren al reino de Castilla, y GODDING (1978:53, 63), que describe las prohibiciones semejantes impuestas a los jueces de los Parlaments franceses por diversas ordenanzas a partir del siglo XIV.

espontánea coincidencia de los jueces en una misma solución: la única solución, la verdad unánime, que funcionaba como reflejo de la unidad indivisible del poder real y como alusión a la infalibilidad del juicio divino⁶⁵. Como ha dicho Eligio RESTA:

“La *unanimitas* era fin más que medio: epifanía de una *plena veritas* sin la cual el juicio habría sido humano, y por lo tanto falible y lejano del modelo de la justicia divina” (1999:557)⁶⁶.

§30. *Las garantías subjetivas de la justicia.* A la regla de la unanimidad se encontraban unidos, en el modelo de judicatura del Antiguo Régimen, diversos mecanismos institucionales que centraban la garantía de la justicia de las decisiones judiciales en la persona del juez. Estos mecanismos de garantía pretendían asegurar que la imagen del rey como justicia animada encontrara un correcto reflejo en cada juez que lo representara, pues aunque “la justicia no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices”, de modo que cada juez debía ser la imagen viva de la justicia, “encarnación rutilante de la justicia real”⁶⁷.

Así, por ejemplo, GARRIGA y LORENTE describen la situación de los jueces del reino de Castilla, sujetos a severas prohibiciones que pretendían por una parte resguardar su ajenidad social: “los jueces debían mantenerse ajenos a cualquier tipo de relaciones allende los muros de la casa de la Audiencia (donde para favorecer esta actitud en ocasiones se les procuraba vivienda) (...): nada de visitas, cortesías, amistades, bodas, juegos, banquetes, charlas, bautizos, reuniones...”; y, por otra parte, cautelar su imagen de imparcialidad en los estrados: “los jueces debían mostrarse rectos y severos, ‘actuando con toda gravedad conforme a lo que representan’ (la

⁶⁵ La cita de la ordenanza de la Real Chancillería de Toledo se encuentra en GARRIGA y LORENTE (1997:108). Por cierto que la propia idea de la unidad indivisible del poder estatal, exaltada durante el absolutismo (por ejemplo, en la obra de HOBBS, especialmente en el capítulo XXIX del *Leviatán*), tiene fuertes reminiscencias teológicas, proyectando en el “Dios Mortal” –como se refería HOBBS al estado (1651:267)- la unidad del “Dios Inmortal” y evocando la aversión cristiana al cuerpo bicéfalo (como se expresa en la Bula *Unam Sancta* de Bonifacio VIII: cfr. E. GALLEGO, 1973:282ss. y L. PRIETO SANCHÍS, 1993:116).

⁶⁶ La unanimidad no fue, ciertamente, la única estrategia a que se recurrió en los juegos de producción de verdad judicial del Antiguo Régimen. Como mostrara FOCAULT (1975:48ss.), en el proceso penal también el recurso a la confesión -ante el tribunal primero, forzada usualmente a través de la tortura, y reiterada luego como retractación pública dentro del ritual del castigo- unido a la imposición pública de penas que anticipaban y evocaban las penitencias del infierno, actuaban también como mecanismos certificadores de la verdad, y la justicia, de la decisión judicial: de ese modo, señala FOCAULT, “el suplicio hacía pasar la verdad secreta y escrita del proceso al cuerpo, el gesto y el discurso del criminal” (1975:71).

⁶⁷ GARRIGA y LORENTE (1997:106).

autoridad real), prestando atención a la vista de los pleitos o a las peticiones de las partes y eludiendo todo lo posible entrar a debatir con los abogados el derecho de sus patrocinados ‘porque no se colijan los votos dellos’”(1997:107-8). El modelo de probidad e imparcialidad era, ciertamente, Cristo, a quien solía poner como ejemplo la floreciente literatura sobre el *iudex perfectus*, dedicada a desglosar las virtudes del buen juez, y a quien alude también esta frase del alcalde de la Chancillería de Granada en el año 1522: “los jueces no hemos de tener conversación con nadie, sino yr a juzgar y en acabando sobirnos al çielo”⁶⁸.

De este modo, en lugar de vincular la confianza en la justicia de las decisiones judiciales a la expresión de sus fundamentos, el modelo de justicia de las monarquías tardomedievales y modernas (que en las Españas se expresaba todavía en la Novísima Recopilación y llegó incólume al siglo XIX, hasta que se introdujo finalmente la exigencia de motivación) la vinculaba a la probidad del juez y al secreto, que permitía la misteriosa transfiguración de la colegialidad en unidad. De ahí que en el siglo XVII todavía un jurista castellano pudiera decir que “el secreto en los tribunales es en lo que consiste su mayor autoridad y dezensia”⁶⁹.

3.2. La aplicación prudencial del principio de exclusión de la motivación: razón de estado, principio jerárquico de organización judicial y políticas centralizadoras.

§31. *El posible interés ex parte principis en la motivación.* Aunque la majestad de la función judicial excluía en principio la necesidad de justificación de sus productos y, por lo tanto, la presencia de motivos en las sentencias, veremos ahora como las políticas judiciales de los soberanos del *ancien régime* admitieron diversas soluciones para la cuestión de la motivación de las decisiones judiciales. Hasta el siglo XVI predominó en la práctica de los tribunales reales europeos —así como en los eclesiásticos, los señoriales y los urbanos— la ausencia de motivación (amparada, como se recordará, por la *communis opinio* jurisprudencial) y no hubo políticas de los soberanos que se refirieran directamente a la motivación de las decisiones judiciales,

⁶⁸ Citada por GARRIGA y LORENTE (1997:108).

⁶⁹J. DE PALAFOX Y MENDOZA, *Carta a S.M.*, Puebla de los Angeles, 4-6-1641, citada por GARRIGA y LORENTE (1997:112).

aunque si se reguló —como hemos visto *supra* §29— el secreto de las deliberaciones de los tribunales reales⁷⁰.

En el siglo XVI esta situación cambió considerablemente en algunos estados en los que se impuso a los tribunales reales la obligación de motivar sus decisiones: es el caso de varios estados italianos (Florencia, Siena, Perusa, Bolonia, Génova, Lucca y el Ducado de Parma y Piacenza) y de algunos reinos en la península ibérica (Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y Portugal)⁷¹. En comparación con el avance del absolutismo en el resto de los estados europeos, los estados italianos se caracterizaban por el tránsito de la república al principado, y los ibéricos por la existencia de regímenes políticos contractualistas⁷². En los estados absolutistas la ausencia práctica de motivación—acompañada en algunos casos de prohibiciones reales expresas—permaneció relativamente estable hasta la segunda mitad del siglo XVIII, cuando en el marco de las políticas racionalizadoras del absolutismo ilustrado se impuso por ley en algunos de ellos (Prusia, Austria, Baviera, Nápoles, Trento y Modena) la expresión de motivos en las decisiones judiciales.

Como veremos, la introducción de la motivación obligatoria, tanto en los estados en que eso ocurría en el siglo XVI como en aquéllos en que tenía lugar en el siglo XVIII, no supuso un abandono del principio que excluía la necesidad de

⁷⁰ En el modelo usual de sentencia la parte dispositiva era precedida solamente por la exposición de las peticiones y las defensas de las partes y por una fórmula con la que el juez se limitaba a declarar que había seguido el *ordo iudiciorum* (cfr. TARUFFO 1975:321). La práctica dominante de no expresar en la sentencia los fundamentos de la decisión admitió sin embargo algunas excepciones hasta el siglo XIV: así, por ejemplo, existen testimonios de algunas sentencias motivadas del Parlament de Paris hasta 1330, práctica que ha sido vinculada con el contemporáneo proceso de verificación, por prescripción real, de las costumbres existentes (SAUVEL 1955:17-8); algo semejante ocurrió en Inglaterra, donde fue usual que las sentencias —de las que se dejaba testimonio escrito a través del “registro”— fueran motivadas, incorporando considerandos en los que se enunciaban los hechos en que se fundaba su decisión y a veces se hacía referencia a alguna regla de derecho, hasta que esa práctica fue abandonada bajo el reinado de Eduardo III (GODDING, 1978:51).

⁷¹ Cfr. F. MANCUSO (1995:291-293). En el siglo XVII se agregan al listado Turín y Mantova.

⁷² También en la práctica de la Rota romana, el tribunal central del estado pontificio en materia civil, hubo cambios a partir del siglo XVI: aunque la *sententia* siguió siendo inmotivada, se estabilizó en esa época la práctica de presentar a las partes antes de ella un texto, denominado *decisio*, en el que se exponían resumidamente las conclusiones del colegio judicial con las respectivas *rationes dubitandi*, con el objeto de permitir a las partes discutir las y hacer posible de ese modo la revisión por el tribunal de sus propias decisiones en el ámbito del mismo procedimiento. Aunque las *decisio* eran consideradas *resoluciones extrajudiciales* que no se incluían en las actas ni se conservaban, ellas llegaron a adquirir gran importancia entre los operadores del derecho como testimonio de la jurisprudencia de la Rota. (Cfr. ASCHERI, 1995b:102ss.; TARUFFO, 1974:280-1).

justificación en el ejercicio de la función judicial. Ese principio seguía siendo, por una parte, la norma general, pues las exigencias de motivación impuestas no se refirieron genéricamente a todas las resoluciones judiciales (o a todas las sentencias finales), sino a decisiones determinadas especialmente, sea por referencia al proceso en que eran dictadas, sea por referencia al órgano judicial que las emitía. Por otra parte, la motivación se admitió sólo en tanto y en cuanto resultaba funcional a las necesidades de centralización y conservación del poder estatal, cuidando de no abrir fisuras de participación y crítica en el saber exclusivo y autocrático en que pretendía apoyarse ese poder, y continuando para ello con la política de secreto a través de restricciones a la publicidad de la motivación.

En este sentido, el punto de vista que guió estas reformas procesales fue siempre *ex parte principis*, y no *ex parte populi*. De ahí que en el título de este epígrafe se establezca una relación entre las estrategias políticas respecto de la motivación y la teoría política de la *razón de estado*, que, a partir del siglo XVI, representa el “paradigma de la conservación política” (BORRELLI, 1993:9-10), remitiendo a un saber autónomo, una *prudentia politica*, que pertenece toda al príncipe y que debe guiar sus decisiones a través del cálculo racional de los intereses, anteponiendo a cualquier otro el interés político en la conservación del estado, que prevalece incluso sobre los vínculos de la moral y el derecho, admitiendo prácticas que van desde el disimulo, el secreto y el engaño hasta la violación de compromisos y el uso de la fuerza.

En el terreno de la motivación de las decisiones judiciales, la razón de estado podía, según las circunstancias, aconsejar excluirla o bien mostrar la conveniencia de exigirla a los jueces, aunque tenderá también en este caso a ocultar cuanto sea necesario al público, resguardando el secreto de los *arcana iustitiae*. Veremos enseguida como operaron estos criterios analizando algunos casos que ejemplifican cada una de estas estrategias.

§32. *Florenia (o la motivación como privilegio)*. Consideremos, en primer lugar, el caso de Florenia, uno de los estados —junto a otros italianos e ibéricos— en los que fue introducida la motivación obligatoria de las sentencias a lo largo del siglo XVI, que ha sido minuciosamente estudiado por Mario ASCHIERI (1995^a).

Esa política favorable a la fundamentación de las sentencias se desarrolló en varias etapas. Las primeras referencias expresas a la motivación de las decisiones de la Rota florentina, se remontan a su creación en el marco de la reforma judicial de 1502, cuando se exigió que en caso de falta de unanimidad tanto los jueces de mayoría como los de minoría expresaran por escrito en la sentencia sus motivos, que debían ser luego transcritos por un actuario en un libro públicamente accesible, conservado por el

Procónsul del Arte de los jueces y notarios. En caso de decisión unánime, la sentencia no debía incluir las razones de la decisión, pero estas podían ser comunicadas por escrito a las partes en caso de que lo solicitaran⁷³.

Una nueva reforma extendió en 1532 la exigencia de enunciar la justificación de la decisión -“la ley, y las doctrinas, y las razones inductivas, y los motivos de su Juicio”-⁷⁴ a todas las sentencias civiles de la Rota, contemplando una sanción pecuniaria para el juez que incumpliera esa obligación. Sólo se excluían de la obligación de motivación las sentencias de primera instancia, en las que la motivación era facultativa; sin embargo, una ley de reforma de 1560 aplicó también a éstas el principio de obligatoriedad de la motivación.

Finalmente, una reforma de 1678 adoptó un criterio diferente e impuso a la Rota la obligación de motivar todas las sentencias civiles que se refirieran a causas de valor superior a cien ducados o no susceptibles de valoración pecuniaria. A lo largo de todas estas reformas se conservó, además de la obligatoriedad de la motivación, su accesibilidad general a través de un mecanismo de publicidad que permitía a cualquier persona obtener una copia de la decisión y sus razones justificatorias.

Esta temprana aparición en Florencia de una política dirigida a establecer la obligatoriedad y la publicidad de las sentencias civiles, incluidas las del máximo tribunal, debe ser situada, según ASCHERI, en el contexto de la peculiaridad de su situación política, marcada entonces por la aguda crisis que señaló el tránsito de la forma de organización republicana al principado. En ese marco, las nuevas reglas acerca de la motivación habrían sido una suerte de compensación de la simultánea sustitución de las tradicionales magistraturas estatutarias por la Rota. Un intento de mostrar “que la nueva institución se insertaba en el surco ideal de las tradiciones comunales, consintiendo un control más adecuado y difuso sobre la actuación de los jueces” (ASCHERI, 1995a:59). Eso permitiría conservar la confianza en la justicia en un clima de lucha política, poniéndola a salvo de cualquier sospecha de parcialidad y asegurando una zona de neutralidad, donde los conflictos pudieran resolverse regularmente a través de mediación jurídica. Se reconocía, por consiguiente, una dimensión garantista a la motivación —aunque limitada (no por casualidad, según veremos enseguida) a las sentencias civiles—, pero sobre todo su eficacia en la

⁷³Cfr. ASCHERI (1995a:57ss., los textos de la reforma de 1502 se encuentran citados en la nota 16, p. 73). La exigencia de motivación se refería originalmente tanto a los procesos civiles como a los procesos penales, sin embargo, ya a partir de 1505 quedó limitada exclusivamente a los primeros.

⁷⁴ Citada por M. TARUFFO (1974:279).

transmisión de autoridad a una nueva institución y, de este modo, su funcionalidad a la conservación del orden en un momento de crisis política.

La relevancia del interés político aparece con mayor claridad aún cuando se intenta explicar el mantenimiento de la institución de la motivación por los Medici una vez instaurado el principado, contra las tendencias dominantes a excluirla o imponer el secreto. La explicación que ofrece ASCHERI (1995a:61ss.) es que, desde el punto de vista del príncipe, la obligación de motivar constituía en definitiva una concesión (entre otras) favorable a los estamentos poderosos -las oligarquías terratenientes y mercantiles que en el pasado habían tenido también el poder político, que eran los únicos interesados en las causas civiles de mayor cuantía, las únicas en que seguía siendo obligatorio motivar las sentencias-, que le servía como instrumento para consolidar su imagen como suprema autoridad. Se trata de una explicación en la que se reconoce claramente el modelo de racionalidad de la *ratio status*, pues es la funcionalidad a la conservación del poder político la que recomienda el mantenimiento de una institución que es vista por los estamentos poderosos -potenciales enemigos para su *imperium*- como garantía de sus propias posiciones privilegiadas de *dominium*⁷⁵. Por otra parte es posible observar en ella un matiz de simulación característico del paradigma de la razón de estado, pues la conservación de la motivación de las sentencias bajo el principado puede ser vista como una operación simbólicamente curativa de los atentados a las instituciones del pasado, con el fin de reforzar la representación de la autoridad del príncipe, que no se apoyaba, como en otros estados, ni en la continuidad dinástica ni en la ocupación militar directa, sino en la idea de necesidad de su propia misión histórica de pacificación⁷⁶.

§33. *Motivación y políticas centralizadoras del absolutismo.* Si consideramos ahora los casos de intervenciones legislativas posteriores del absolutismo, es posible distinguir dos políticas específicas en el marco de las cuales las regulaciones del contenido de las sentencias podían constituir instrumentos funcionales: la política de

⁷⁵BORRELLI (1993:159-60) menciona varios ejemplos de relaciones entre las diversas prácticas codificadas por la literatura de la razón de estado y “una economía de intereses particulares de individuos y estamentos, que obviamente hacen común referencia a la conservación de las condiciones de poder político ya dadas”. POGGI por su parte (1992:70) señala como “la concentración del *imperium* en las manos del monarca presupone e integra la dispersión del *dominium* (...) entre los súbditos del monarca” e incluso como “se da por descontado que quien posee el *imperium* se comprometa a conservar las desigualdades de poder económico y rango social que resultan del *dominium*”.

⁷⁶ Cfr. ASCHERI (1995a:77-8, nota 37).

control estatal y organización jerárquica de la judicatura y la política de centralización de las fuentes de producción jurídica.

La primera de estas políticas estuvo ligada, como se sabe, al desarrollo de controles jerárquicos objetivos –dirigidos a la decisión y ya no sólo a la persona del juez- a través de la apelación. En ese contexto, la exigencia de motivación podía facilitar el control de lo resuelto por las instancias inferiores, al sintetizar y esquematizar la complejidad de las materias sobre las que se trataba de decidir, evitando de ese modo una parálisis administrativa en los niveles superiores del vértice jerárquico⁷⁷. Como ejemplo de una política centralizadora que parece haber tomado en cuenta esta función de la motivación de las sentencias consideraremos, en el siguiente apartado, la regulación de la administración de justicia promovida por Federico II de Prusia en 1748.

En cuanto a la política de centralización de las fuentes de producción jurídica, hubo diversas clases de intervenciones legislativas en materia de fundamentación de las sentencias que es posible vincular con la finalidad de avanzar hacia la reconducción unitaria al soberano de toda la actividad de producción y aplicación del derecho. La opción por una estrategia de prohibición o, en cambio, de exigencia de motivación de las sentencias parece haber dependido –según veremos luego, al considerar diversos ejemplos (§31, §32, §33 y §34)- de las circunstancias particulares que en cada caso caracterizaban la relación entre el soberano y los tribunales reales y especialmente de la percepción del desarrollo de un derecho judicial como contribución o bien como amenaza para las aspiraciones centralizadoras del soberano.

§34. *Prusia (o la motivación como instrumento de racionalización de la administración de justicia)*. Un buen ejemplo de una política racionalizadora de la administración de justicia es la de Federico II de Prusia, el paradigma del soberano ilustrado. Su política judicial se expresó fundamentalmente en la promulgación, en 1748, del *Codex Fridericianus Marchicus*, como reglamento general para la administración de justicia en todo el territorio prusiano. En ella se apreció, según veremos, la posible funcionalidad de la exigencia de motivación como herramienta para establecer controles jerárquicos sobre la actuación de los jueces.

En relación al tema que nos ocupa, el *Codex Fridericianus* recogió en gran medida la práctica judicial existente que, a diferencia de lo que ocurría en otros estados europeos, había tendido a admitir la presencia de motivos en las decisiones judiciales, aunque los había mantenido secretos para las partes y para el público y los había

⁷⁷ Cfr. M. DAMASKA (1986:71 y 100).

destinado únicamente al conocimiento del juez que de acuerdo a la jerarquía judicial debía conocer de la eventual impugnación del fallo⁷⁸. El *Codex Friedericianus* confirmó este uso, estableciendo entre las disposiciones relativas a los diversos tipos de procedimiento -y no, por lo tanto, como principio general común a todo proceso- la exigencia de que las sentencias contuvieran las *rationes decidendi*, ya fuera incorporadas al mismo texto, cuando el proceso se hubiera desarrollado oralmente, o bien redactadas separadamente y agregadas a las actas si el proceso se había desenvuelto mediante el intercambio de memorias escritas⁷⁹. Esas mismas disposiciones hacían expresa referencia a la finalidad que se atribuía a la enunciación de los motivos, que era, como en la praxis anterior, facilitar al juez de la impugnación el conocimiento de los elementos de litigio. Incluso, para proporcionar a ese mismo destinatario elementos adicionales de juicio, se admitía que los jueces que disintieran de la opinión de mayoría, redactaran un voto escrito que debía incorporarse también a las actas.

La principal novedad que el *Codex Friedericianus* incorporó fue la de incluir entre los destinatarios de la motivación no sólo al juez de la impugnación sino además a las partes del proceso, rompiendo con el principio de secreto que incluso respecto de ellas había primado en la práctica, con la finalidad -según se señalaba en sus propias disposiciones- de evitar contiendas entre ellas acerca del contenido de la decisión. El alcance de esa ruptura fue, sin embargo, muy limitado, porque no se preveían mecanismos idóneos de publicidad que aseguraran la cognoscibilidad de la decisión y de su justificación por los litigantes, sino únicamente la lectura de la sentencia -y de la motivación en el caso que estuviera incorporada al texto de aquélla- en la audiencia sucesiva al día de su redacción, que tenía lugar sin citación de las partes⁸⁰.

Esas dificultades parecen revelar que también en este caso el interés dominante en el establecimiento de la obligación expresa de motivar las decisiones judiciales concernía más al *princeps* que al *populo*. Lo que primaba parecía ser, como ha dicho Michele TARUFFO, “la voluntad de realizar un ordenado y racional funcionamiento de la

⁷⁸ Cfr. TARUFFO (1974:274ss.) y (1975:328ss.) y DAWSON (1962:433ss.).

⁷⁹ Parte I, tit. VI, §§ 18 y 19; parte III, tit. XXXVIII, § 11. Se regulaba además, traduciendo también en este punto la práctica preexistente, la relación preparatoria escrita que debía redactar un *Referent* antes de la sentencia y en la que, además de una exposición de las cuestiones de hecho y de derecho, del desarrollo del proceso y del resultado de las pruebas, debía expresar las *rationes decidendi & dubitandi* acerca de la solución de la contienda, así como su propia opinión al respecto, destinada a volverse motivación de la decisión final si la mayoría del tribunal colegiado concordaba luego con ella.

⁸⁰ Parte III, tit. XXXVI, § 15.

justicia en el momento de conexión entre la decisión y el juicio de impugnación” (1975:329), sustituyendo los antiguos controles *subjetivos*, dirigidos a la persona y el comportamiento de los jueces (*supra* §30), por controles *objetivos*, dirigidos al contenido de la decisión judicial.

Se podría pensar, sin embargo, que el nuevo reglamento judicial promulgado por Federico II -el *Allgemeine Gerichtsordnung für die Prussischen Staaten*, publicado en 1781 y luego revisado y vuelto a promulgar en 1793- desmiente esa impresión al abordar los problemas relativos a la publicidad de la motivación, disponiendo la lectura de la sentencia —y por lo tanto de los motivos integrados a ella— en una audiencia a la que debían, ahora sí, asistir las partes o sus procuradores⁸¹. Nos parece, con todo, que la interpretación más razonable del sentido de esta modificación es la que sugiere TARUFFO (1974:277), quien considera que se vio en esa limitada publicidad una herramienta para hacer más meditada la decisión de las partes acerca de la oportunidad de la impugnación⁸².

Esta interpretación, que ve continuidad entre la política “ilustrada” del absolutismo prusiano y la centralidad de la perspectiva de la razón de estado, resulta confirmada por la completa omisión, aún en el nuevo reglamento, de mecanismos que permitieran un conocimiento general de los motivos de las decisiones judiciales y un control público de la actuación judicial. Por el contrario, la publicidad de los motivos parece haber sido limitada a lo estrictamente funcional para el desenvolvimiento de la fase de impugnación, manteniendo a salvo el principio de secreto respecto del *populo*.

Una verificación adicional de esa tesis que atribuye a esas políticas el propósito de conservar el saber en que se apoya el ejercicio del poder como un *arcana* intocable por el juicio público, se encuentra en otros documentos de la época, como esta ordenanza de Federico II del año 1784:

“Una persona privada no está autorizada a emitir juicios públicos, especialmente juicios reprobatorios, sobre tratados, procedimientos, leyes, reglas y directivas del soberano y de la corte, de sus servidores estatales, de colegios y cortes judiciales, ni está autorizada a dar a conocer noticias

⁸¹ Tit. XIII, § 36 y § 44, respectivamente. Se precisaba además el contenido de la motivación, exigiéndose que la de la decisión principal contuviera justificaciones separadas para cada punto controvertido y que se enunciara también la justificación específica de cada decisión incidental o prejudicial.

⁸² De este modo se completaba una de las funciones que hasta hoy la doctrina procesal reconoce a la exigencia de motivación de las decisiones judiciales, la *función endoprocesal* (cfr. TARUFFO, 1974:292, 1975:328). Se trata de la función que cumple la exigencia de motivación en relación al sistema de recursos procesales, facilitando a las partes la decisión de presentarlos y al juez competente la tarea de resolverlos.

recibidas acerca de todo ello ni a divulgarlas por medio de la impresión. Una persona privada no está capacitada para someter todas esas cosas a juicio porque le falta el conocimiento completo de las circunstancias y los motivos”⁸³.

§35. *El reino piemontés (o la motivación como instrumento de centralización)*. Si dirigimos la atención ahora hacia las políticas absolutistas de centralización de la producción normativa, notaremos que la motivación de las sentencias fue vista en algunos estados como una herramienta útil y en otros en cambio como un peligro para la unidad de las fuentes jurídicas en el monarca. Entre los primeros se encuentra el caso del reino italiano de Piamonte, cuyo tribunal central había desarrollado una labor unificadora coherente con el programa centralizador del príncipe. Eso hacía deseable fortalecer su jurisprudencia, para así favorecer indirectamente el predominio de la legislación. La funcionalidad para ese fin de la imposición de un deber de motivar las sentencias fue apreciada ya en una constitución de 1615 (confirmada por otra de 1632), que estableció que los jueces debían motivar sus decisiones en dos casos: si las partes lo requerían, facultad que se les reconocía únicamente en causas de particular importancia, o bien si lo ordenaba “*chi regge il Magistrato*” por considerar necesaria la motivación al tratarse de una cuestión de derecho nueva o importante o, en general, de una decisión que por sus circunstancias pudiera actuar como precedente (“*fare stato e conseguenza*”)⁸⁴.

Estas disposiciones fueron reiteradas por las constituciones del siglo XVIII. Y luego, en las *Regie Costituzioni piemontesi* de 1770, se agregó a la exigencia de motivación otra disposición relativa a su contenido, que enfatizaba la finalidad centralizadora y unificadora del derecho que se le atribuía: “*volendo noi che per la decisione delle Cause si osservino unicamente in primo luogo le nostre Costituzioni, in secondo luogo gli Statuti Locali, purché siano approvati da Noi, o dai nostri Reali Predecessori, e si ritrovino in osservanza; terzo le Decisioni de’ nostri Magistrati, e in ultimo luogo il Testo della Legge comune, così proibiamo agli Avvocati di citare nelle loro Allegazioni veruno de’ Dottori nelle materie Legali ed a’ Giudici tanto Supremi, che Inferiori di deferire all’ opinione di essi, sotto pena tanto contro detti Giudici, che*

⁸³ *Wörterbuch der hochdeutschen Mundart*, Viena, 1808, 3ª parte, p. 856 (citado en J. HABERMAS, 1962: 63). Así como este texto manifiesta la pervivencia de la tradición de los *arcana imperii*, el tema del concurso convocado por la Academia Real de Berlín en 1777 -definido por el mismo Federico II-, “¿Es útil engañar al pueblo?” refleja vivamente la vigencia de los llamados a la utilización de las técnicas prudenciales de la *ratio status* en la cultura política del absolutismo ilustrado (cfr. BORRELLI, 1993, 275, nota 8).

⁸⁴ Cfr. M. TARUFFO (1974:280ss.).

Avvocati della sospensione dai loro uffizi, fino a che non abbiano da noi riportata la Grazia”⁸⁵.

§36. *Francia (o la ausencia de motivación como instrumento de centralización y privilegio)*. La misma política centralizadora que en algunos estados obligaba o toleraba la motivación, en otros la prohibía o confirmaba su ausencia. Esto fue lo que sucedió en aquellos estados donde los tribunales asumieron una actitud de mayor independencia frente al monarca, bien porque obedecieran intereses corporativos o bien porque expresaran tendencias particularistas frente a los propósitos unificadores de la legislación central. Entonces el estado central prohibía o confirmaba la ausencia práctica de motivación para evitar la formación de un derecho judicial contrapuesto a la legislación central.

El ejemplo paradigmático en esta línea es el del reino francés, donde la práctica judicial de no expresar los fundamentos de la decisión en las sentencias subsistió inalterada hasta el final del *Ancien Régime*, y donde las políticas centrales se dirigieron a velar por “los secretos de la corte”⁸⁶. Además de imponer el secreto de las deliberaciones de los tribunales y prohibir a los jueces la expresión individual de sus motivos, se impidió –a través del *règlement pour la librairie et imprimerie de Paris* de 1723, extendido a todo el reino en 1744– la publicación por cualquier particular de los fallos judiciales, a menos que se contara con un permiso expreso del tribunal que los hubiera emitido⁸⁷. Se trata de una prohibición que los propios tribunales habían aplicado antes directamente, a través de *arrets de règlement*, excluyendo la impresión de sus decisiones sin su previa autorización, pues, como decía un *arret* de 1690 del *Parlement* de París, la impresión de las sentencias, a menudo rodeada de errores, “disminuía mucho la veneración que debía sentirse respecto de las decisiones de la corte”⁸⁸.

Estas restricciones a la libre publicación no fueron acompañadas, sin embargo, de una política de publicación oficial de las decisiones de los tribunales que fuera coherente con la supuesta prevención frente a los eventuales errores de las

⁸⁵ Citada por F. CORDERO (1981:523-4).

⁸⁶ Es la expresión que utilizaba la Ordenanza del 13 de enero de 1344 sobre el secreto de las deliberaciones, citada por SAUVEL (1955:33).

⁸⁷La única excepción estaba constituida por “los *arrets de règlement* y por aquellos fallos que concernieran al orden y la disciplina pública, que serían impresos bajo el cuidado de los procuradores generales” (SAUVEL, 1955:31-2).

⁸⁸ Citado por SAUVEL (1955:31).

publicaciones privadas de fallos. Cabe suponer que lo que en realidad guiaba esa política de secreto y prohibición de publicación era el propósito de mantener al público al margen de los *arcana iustitiae*, del saber exclusivo y autocrático en que los tribunales apoyaban su poder. De ahí que la prohibición fuera finalmente extendida no sólo a la publicación privada de decisiones judiciales, sino también a la publicación de cualquier comentario relativo a ellos. Así en marzo de 1785 el Consejo Real, a partir de un requerimiento formulado por el *Parlement* de París y después de haber “suprimido” ciertos artículos de diversas *gazettes*, culpables de haber mal interpretado el sentido de una ordenanza real, prohibió “a los autores, redactores y directores de obras periódicas y otros escritos públicos, incluir disertaciones o cartas sobre las materias de legislación y jurisprudencia, [así como] interpretar las ordenanzas, edictos, declaraciones, fallos o juicios”⁸⁹.

En esta estrategia parecen haber confluído los intereses tanto de los propios jueces como del poder central. Desde el punto de vista de los tribunales –que a partir de la venta de los cargos judiciales se habían constituido en una verdadera nobleza togada, que actuaba muchas veces en contradicción con las políticas reales– la exclusión de la motivación y las restricciones a la publicidad de sus decisiones resultaban, según señala SAUVEL (1955:34), “un verdadero privilegio de la gente de justicia” (1955:34), que comprendía la exclusividad en la publicación de colecciones privadas de fallos (un estupendo negocio, según veremos, *infra* §39). Y, desde el punto de vista del poder real esas restricciones constituían un instrumento útil no sólo para resguardar el *arcana* de su autoridad sino también para restringir el poder autónomo de los *Parlements* y evitar la configuración de un derecho judicial al margen de la legislación central. Un afán constante del rey, según da cuenta la siguiente declaración, formulada por Luis XV en 1766 para rechazar el veto devolutivo que el *Parlement* de París había opuesto a una de sus decisiones:

“El poder soberano reside exclusivamente en mi persona, y es exclusivamente a mí que las cortes deben su existencia y su autoridad. Esa autoridad sólo puede ser ejercida en mi nombre...en cuanto el poder legislativo me pertenece exclusivamente...El ordenamiento público entero emana de mí en cuanto soy su supremo guardián”⁹⁰.

§37. *La monarquía española (o la motivación como peligro)*. Este temor a un derecho judicial contrapuesto a la legislación central parece haber inspirado también la Real

⁸⁹ Citado por SAUVEL (1955:31).

⁹⁰ Citada por POGGI (1992:72).

Cédula de Carlos III que, en 1768, concluyó el proceso de unificación de la administración de justicia en los diversos reinos de la monarquía española, iniciado por Felipe V a través de los Decretos de Nueva Planta⁹¹. Esa real cédula ordenó el cese en Mallorca de la práctica de fundamentar las sentencias, extendiendo a ese reino –como se había hecho antes con los otros tres reinos de la corona de Aragón, en los que las sentencias eran motivadas⁹²– el modelo castellano de sentencia en que predominaba la ausencia de fundamentación⁹³.

Si bien el texto de la Real Cédula hace referencia a razones justificativas que recuerdan las aprensiones en que se apoyaba la *communis opinio* jurisprudencial⁹⁴, una vez puesto en relación con otras reglas del ordenamiento castellano que negaban validez al “juicio dado por fazañas” y que excluían el valor del precedente de las decisiones judiciales, veremos como resulta plausible la interpretación que sugiere la relevancia en su promulgación del propósito de impedir el desarrollo de un derecho judicial. Se trata de una interpretación que ha sido sostenida también por Luis PRIETO SANCHÍS (1987:116):

“Desde mi punto de vista, la oposición del absolutismo a la motivación de las sentencias sirve a un doble objetivo: de un lado, afirmar el carácter absoluto e incondicionado del poder real y, por tanto, de todos sus delegados, incluidos los jueces, que aparecen así como meros ejecutores de la voluntad del soberano; y, unido a lo anterior, el propósito de cercenar el poder de los jueces, es

⁹¹ Esa Real Cédula se encuentra recogida en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, VIII, Tit. XVI, Lib. XI. Aunque la fecha que allí se indica para su promulgación es el 23 de junio de 1778, se ha sostenido que el año debe rectificarse por 1768 (cfr. GARRIGA y LORENTE, 1997: 101, quienes se remiten en este punto a J. M. MARILUZ URQUIJO, “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de Mata Linares”, en *Revista de Historia del Derecho*, 4, 1976).

⁹²La exigencia de motivación había sido establecida en Cataluña en 1510 (cfr. GARRIGA y LORENTE, 1997:101), en Aragón en 1547 y en Valencia en 1564 (cfr. PEDRAZ, 1993:7224). Mientras que en Cataluña la obligatoriedad de la motivación fue impuesta como principio general aplicable a toda sentencia, en el caso de Aragón y Valencia esa exigencia quedaba condicionada a la solicitud de las partes.

⁹³Puesto que no parece haber existido hasta entonces en las leyes castellanas una prohibición de enunciar los motivos de la decisión, es posible que el *estilo* de algunos tribunales se apartara de la tendencia general y usara incluir en sus sentencias la motivación. Es algo que ocurría por ejemplo, según PEDRAZ (1993:7225), en la Real Chancillería de Granada.

⁹⁴Se ordena el cese de la práctica de motivar “para evitar los perjuicios que resultan (...) dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen”.

decir, la influencia del Derecho judicial, dado que lógicamente una decisión sin motivar no puede servir de orientación para futuras controversias, no puede crear ‘estilo’⁹⁵.

§38. *El reino de Nápoles (o la motivación como instrumento para la sujeción del juez a la legalidad)*. Algo distinto es el caso del reino de Nápoles donde, en el contexto de las reformas ilustradas diseñadas por el ministro Bernardo Tanucci, se dictó en 1774 una Pragmática que impuso al Sacro Regio Consiglio y a todos los tribunales del reino el deber de motivar sus sentencias, exigiendo que la fundamentación se realizara no sobre la base de la autoridad de los doctores “que con sus opiniones han alterado o vuelto incierto y arbitrario el derecho”⁹⁶, sino por referencia a las leyes del reino⁹⁷. Lo curioso de este caso es que la misma finalidad de fortalecer el poder soberano expresado en la legislación frente a las indocilidades de los tribunales reales se persigue ahora con la herramienta inversa, esto es, imponiendo en lugar de excluir la fundamentación de las sentencias, aunque agregando la exigencia de que “las premisas del argumento estén siempre fundadas en leyes expresas y literales”. La explicación reside, probablemente, en la notable autoridad de que gozaba el Sacro Regio Consiglio, así como en la existencia de una práctica consolidada de respeto a sus propios precedentes (TARELLO, 1976:58), que hacían aconsejable buscar en la obligación de motivar un instrumento para controlar la subordinación del juez a la ley estatal.

No se perseguía, por consiguiente, en este caso favorecer el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, sino lograr su vinculación a la legislación central por la vía de exigirle mostrar, a través de la fundamentación, que la decisión resultaba de la aplicación de aquella. Para evitar todo atisbo de un derecho judicial autónomo se estableció incluso una especie de *référé législatif*, disponiéndose que “cuando el caso sea del todo nuevo o completamente dudoso, de modo que no pueda decidirse con la ley ni con el argumento de la ley” el órgano judicial tendría la obligación de dirigirse a “Su Majestad para esperar el oráculo soberano”.

El propósito centralizador de la pragmática napolitana se trasluce también en la respuesta que el rey envió, a través de Tanucci, frente a las quejas del Consejo:

⁹⁵ Cfr. también PRIETO SANCHÍS (1994:403-4) y PEDRAZ (1993:7228-9).

⁹⁶ El texto de la Pragmática puede consultarse en MASSETTO (1989:1221 y 1236).

⁹⁷ “...y cuando no haya ley expresa para el caso de que se trata, y se deba recurrir a la interpretación o extensión de la ley, quiere el Rey que eso haga el juez, de manera que las dos premisas del argumento estén siempre fundadas en las leyes expresas y literales” (cit. en MASSETTO 1989:1221 y 1236).

“Quiere S.M. que el Sagrado Consejo tenga por máxima que la legislación pertenece toda a la soberanía, que el Consejo no es sino juez, y que los jueces son ejecutores de las leyes y no autores; que el derecho debe ser cierto y definido, no arbitrario, que la verdad y la justicia que los pueblos conocen y ven en las decisiones de los jueces, es el decoro de los magistrados, y no aquel estilo de oráculo que no duda en atribuirse en Su representación el Consejo”⁹⁸.

Aunque la pragmática napolitana puede inscribirse, como decíamos, en el contexto de los procesos de centralización del poder estatal, encontramos con todo en ella una referencia a la publicidad de la motivación que no estaba presente en otras reformas del absolutismo ilustrado. Allí, en la solución que la pragmática de 1774 adoptó respecto del problema de la publicidad de la motivación, reside su aspecto más radicalmente innovador, pues por primera vez se exigía la publicación mediante imprenta de las sentencias motivadas como condición para que éstas pudieran adquirir fuerza de cosa juzgada⁹⁹. Aunque según TARUFFO (1975:331) sea “lícito dudar que Tanucci fuese plenamente conciente de ello, (...) dado que la finalidad que el pretendía conseguir, imponiendo a los jueces la obligación de motivar las sentencias, concernía principalmente a un más racional y ordenado funcionamiento de la justicia”, no cabe sino reconocer la carga de originalidad transformadora de esta disposición, en el sentido de expresar una voluntad de sujetar la actuación de los jueces al control no sólo central sino también del público.

La reforma napolitana no logró, con todo, llegar a buen puerto. El feroz rechazo corporativo de la magistratura, unido a las dificultades que supuso su implementación práctica, condujeron a su derogación en 1791 y a la sustitución de la motivación obligatoria por una facultad meramente discrecional de enunciar en la sentencia los motivos de la decisión. De todas formas, la reforma napolitana es interesante porque anticipa, según comprobaremos (*infra* 4.4.), ciertos rasgos de las políticas de los estados liberales en materia de motivación de las decisiones judiciales. Como veremos, esas políticas comparten parcialmente con las políticas absolutistas un espíritu estatalista.

§39. *Motivación, precedente y derecho judicial.* La imagen que hemos presentado del régimen de la motivación de la sentencias hasta fines del siglo dieciocho no estaría completa sin una referencia más general al modo en que fue apreciado el vínculo entre

⁹⁸El texto de esta nota se encuentra reproducido en N. NICOLINI, *Della giurisprudenza penale esposta da Nicola Nicolini con le formule corrispondenti*, II, parte III, Livorno, 1959, 961 (citado por MASSETTO, 1989:1236, nota 292).

⁹⁹ Cfr. TARUFFO (1974:286) y MASSETTO (1989:1236).

motivación de las sentencias y desarrollo de un derecho judicial. Esta relación fue probablemente determinante en el arraigo de la práctica de fundamentación de las *opinions* de los jueces ingleses, paralela a la formación del *common law* y a la consolidación progresiva de la doctrina del *stare decisis*¹⁰⁰. Pues la aplicación práctica de un sistema de precedente vinculante resulta extremadamente difícil sin la existencia de una fundamentación razonada que permita identificar la *ratio decidendi* de cada fallo, indicando cuales son las razones generales con que el juez se compromete a futuro¹⁰¹.

Por otra parte, en el continente, aun allí donde el uso de los precedentes no fue estimulado por el príncipe, o allí donde se pretendió evitar la formación de un derecho jurisprudencial, el *stylus iudicandi* formado por las decisiones judiciales, sobre todo de los grandes tribunales, fue muy apreciado por los operadores del derecho como criterio de orientación para navegar por el incierto mar de materiales jurídicos característico del derecho común¹⁰².

Un testimonio de su importancia se encuentra en las numerosas colecciones de fallos que circulaban entonces entre los juristas, como instrumentos indispensables para la práctica cotidiana en el foro¹⁰³. Se trataba por lo general de colecciones en su mayor parte privadas de fallos, editadas en su mayoría por los mismos magistrados

¹⁰⁰ Sobre este proceso, ya afianzado en torno al siglo XVI, cfr. A. PLUCKNETT (1956:342ss) y R. VAN CAENEGEM (1973).

¹⁰¹ Si desde este punto de vista la fundamentación de las sentencias aparece como una condición necesaria para la formación de un sistema de precedente vinculante, desde otra perspectiva es posible sostener que de una práctica de exponer públicamente las razones generales que fundan una decisión particular debería seguirse un sistema de respeto al precedente, en cuanto principios mínimos de racionalidad discursiva, como los de sinceridad, no-contradicción y universalización, llevan a vincular a esa enunciación pública de razones un compromiso con su mantenimiento frente a casos futuros similares. Interesantes exploraciones de esta última perspectiva pueden encontrarse en SCHAUER (1995: 633-659), como también en ALEXY (1978: 261ss.), GASCÓN ABELLÁN (1991:30-49) y MORAL SORIANO (2002:137ss.).

¹⁰² A ellas se confiaba, como señala ASCHERI (1995b:91), “la función de crear un campo de certezas –dado que entonces era para todos obvio que en la gran mayoría de los casos importaba descubrir en juicio no tanto la norma legal a aplicar sino la ‘doctrina puntualis’–, más allá de las antinomias y controversias propias de la literatura proveniente de universidades, consultores, tratadistas, recolectores de ‘*communes opiniones*’, etcétera”. También GORLA (1977) y GODDING (1978:62ss.) se refieren al rol fundamental que cumplieron los *usus fori*, de modo que en buena medida la operatividad del criterio de la *communis opinio* pasó a depender de la confirmación que dieran los tribunales centrales, que, además, podían concurrir directamente a crear nuevas *communes opiniones*.

¹⁰³ Puede verse, a modo de ejemplo, el índice de las colecciones que circularon en Italia entre los siglos XVI y XVIII en M. ASCHERI (1995c).

antes quienes se habían debatido las causas y excepcionalmente por abogados que litigaban habitualmente ante cierta corte¹⁰⁴.

Puesto que los riesgos de inexactitud derivados del carácter privado de las colecciones afectaban su valor como criterios de certeza, fueron usuales en los siglos XVI y XVII los reclamos de los prácticos del derecho —jueces de tribunales inferiores, abogados—, e incluso del público, a favor no sólo de la publicación oficial del fallo sino también de la obligatoriedad de la motivación, pues, como decía un jurista francés del siglo XVIII, “los motivos son el alma de un juicio, servirse de un fallo que no da cuenta de sus motivos, es servirse de un cuerpo sin alma”¹⁰⁵.

Tony SAUVEL (1955:27-8) menciona varios testimonios expresivos de esos reclamos, entre los que destaca el de Raoul Spifame, un jurista del siglo XVI dedicado a imaginar falsas ordenanzas de Enrique II, entre las que incluyó una referida a la necesidad de una publicación regular de las decisiones judiciales y su motivación que disponía:

“...que todos los jueces expresen en los dichos de sus sentencias y juicios la causa expresa y especial de ellos para formar una ley general y dar forma a los juicios en los procesos futuros fundados sobre las mismas razones y las mismas diferencias...y para aquel fin ordeno que todos los dichos, sentencias y fallos sean impresos, de modo que cada uno pueda recurrir a ellos para su ayuda, consejo y dirección”.¹⁰⁶

También menciona SAUVEL (1955:27-28) testimonios de demandas similares formuladas en las convocatorias de los Estados generales: una de 1560, en que a

¹⁰⁴ Cfr. ASCHERI (1995b:120-123) y GODDING (1978:62ss.). Cuando las sentencias carecían de motivación —y eso era, según hemos visto, lo usual— las colecciones no reproducían documentos oficiales sino que contenían relatos de los litigios, en los que se narraban las circunstancias del caso, los argumentos de las partes, la deliberación de los magistrados, los motivos de la decisión. De ahí que los jueces resultaran los observadores mejor situados para conocer estos datos y ofrecerlos en una colección de fallos, a pesar de las estrictas disposiciones que les prohibían revelar los secretos de las deliberaciones (*supra* §29) y que parecen haber sido, como se ve, poco observadas, tal como ocurrió también con los reglamentos que en el marco de las usuales políticas dirigidas a controlar el uso de la imprenta pretendieron limitar la publicación privada de fallos judiciales (*supra* §36).

¹⁰⁵ DE FERRIERE C. J., *Dictionnaire de droit et de pratique*, II. Jurisprudence des arrêts, Paris, 1779 (citado por GODDING, 1978:65). Otro jurista francés, PROST DE ROYER (*Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, VI, Paris, 1787, p. 725), se quejaba “los oráculos de la justicia”, que “no explican las causas de sus disposiciones”, de modo que “los fallos ofrecen títulos a las pretensiones más opuestas” (citado por SAUVEL, 1955:35).

¹⁰⁶ Citado por SAUVEL (1955:27).

petición de la nobleza se solicitó la supresión de los fallos no motivados y la imposición a los jueces de un deber de “expresar y declarar los motivos de sus juicios” para que de ese modo sus fallos “sirvan como instrucción a todos en causas similares”; y otra muy similar de 1614 en que el Tercer Estado reclamaba que los juicios fueran motivados para que “los motivos sirvan ellos mismos de leyes”.

En parte porque estas demandas no encontraron acogida, en parte porque el creciente número de colecciones volvió cada vez más difícil su consulta, en parte porque no siempre los tribunales del Antiguo Régimen –especialmente los tribunales supremos– respetaron sus propios precedentes y también debido al fortalecimiento autónomo que iba experimentando la estimación de la ley, este criterio jurisprudencial de certeza fue perdiendo defensores en el continente y, junto con él, una de las dimensiones del vínculo entre la motivación de las decisiones judiciales y la certeza jurídica¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Este vínculo reaparecerá en el continente a medida que, avanzando el siglo XIX, vaya cediendo la inicial confianza en la autosuficiencia de los códigos, varíe la comprensión de la misión de las cortes de casación –de ser guardianas del texto expreso de la ley a ser, como lúcidamente dijera GENY (1899:88), “soberanas de la interpretación”– y se vuelva progresivamente a valorar como un bien ligado a la certeza la uniformidad de la jurisprudencia.

4. DEL SÚBDITO AL CIUDADANO. LA MOTIVACIÓN EN EL PROYECTO LIBERAL

4.1. La primacía de la perspectiva *ex parte populi*

§40. *Del imperio del monarca al imperio de la ley.* La exigencia de sentencias fundadas ya era conocida en Europa, según hemos visto en el capítulo anterior, antes del tránsito desde los Estados absolutos a los Estados liberales y de su institucionalización como principio general por la legislación revolucionaria francesa. Su significado político no será tras ella, sin embargo, el mismo¹⁰⁸. Mientras bajo el Antiguo Régimen el sentido político de la exigencia de motivación, en los casos en que fue impuesta, coincidía con los intereses del príncipe, esta nueva fase supuso el fortalecimiento en la determinación de su significado de la perspectiva *ex parte populi*¹⁰⁹, reflejando en el ámbito de la relación entre poder judicial y ciudadanos, el

¹⁰⁸ Como ha dicho Franco CORDERO (1981:666-7), “la Asamblea Constituyente acoge un método [imponer una “*causa expressa in sententia*”] seguido en Italia, Alemania, España, Portugal; nada nuevo, entonces, pero cuando Europa absorbe la ideología francesa, la institución vuelve con un acrecentado significado político”.

¹⁰⁹ La distinción entre la perspectiva *ex parte principis* y la perspectiva *ex parte populi* fue sugerida por Norberto BOBBIO (1984:79) como una herramienta útil en el análisis de cualquier problema referente a la esfera política. Recientemente Luigi FERRAJOLI (1989:854 y 880ss.) ha recuperado el uso de esta distinción de perspectivas, aunque con un sentido algo diverso, para referir, respectivamente, al punto de vista interno o de la validez jurídica y al punto de vista externo o de la legitimidad ético-política.

desplazamiento general del centro de gravedad de los sistemas políticos desde el *princeps* al *populo* que la Revolución francesa, como también la norteamericana, promovieron a través de la causa del gobierno representativo y del constitucionalismo centrado en los derechos individuales.

La filosofía política contractualista había imaginado -y la Revolución se proponía realizar- un fundamento nuevo para el poder político, dejando atrás la majestad divina, para sustituirla por el pacto y la delegación del pueblo o la nación para la protección de sus derechos. Ese desplazamiento en el fundamento del poder político significaba que la autoridad política no debía ya rendir cuenta sólo ante Dios, sino que era responsable frente a los ciudadanos, titulares últimos de la soberanía. Esa responsabilidad le exigía respetar los derechos y la legalidad en los que su poder encontraba fundamento y límite.

§41. *Legalidad y publicidad de la función judicial.* En ese paso del imperio del monarca al imperio de la ley el fundamento del poder del juez no podía permanecer intacto¹¹⁰. Una vez desligada de su antigua majestad, la autoridad del juez sólo podía fundarse en su estricta y exclusiva sujeción a la ley. De ese modo resultaba fortalecida la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio judicial –que ya estaba presente en la imagen monárquica de la *auctoritas* judicial- , pero además quedaba privada de fundamento la concepción autocrática del saber del juez ligada a la majestad de su función. Pues la idea de un público de ciudadanos ante el cual toda autoridad es responsable mal puede ser compatible con el secreto y el misterio que habían rodeado al proceso y a la deliberación del juez en el Antiguo Régimen. Como veremos a lo largo de este capítulo, la legalidad y la publicidad son las dos coordenadas centrales en la configuración de la nueva posición institucional de la magistratura y los dos tópicos con que se relaciona la renovada savia que recorre, tras el fin del Antiguo Régimen, a la exigencia de motivación.

Es importante advertir, con todo, que en la elaboración que de esos tópicos realizaron los *philosophes* y juristas ilustrados, la demanda de sentencias fundadas jugó, como ha mostrado Michele TARUFFO (1974), un papel más bien marginal. Fue solamente en el contexto de la Revolución francesa que la exigencia de motivación cobró fuerza como elemento relevante en la institucionalización de un nuevo modelo de judicatura. Para precisar las razones de esa primera indiferencia, ciertamente significativas en la historia del deber de motivar, así como del posterior interés en su imposición, estos dos momentos en la configuración de la nueva “alma” liberal de la

¹¹⁰ Así lo destaca con claridad Modesto SAAVEDRA (1988:50-1) y (1993:3).

exigencia de motivación se analizarán separadamente en las secciones que siguen. Las dos primeras (10 y 11) harán referencia, respectivamente, a la concepción de la jurisdicción y a la concepción del proceso –y, sobre todo, de la publicidad procesal– desarrolladas en el marco de la Ilustración jurídica, para considerar luego (12) las razones del establecimiento de la exigencia de motivación en la legislación revolucionaria y su alcance.

4.2. La concepción ilustrada de la función judicial: principio de legalidad y aplicación silogística

§42. *Separación de poderes y sujeción del juez a la ley.* En el marco de la crítica ilustrada de los obstáculos que la libertad y la certeza encontraban en las desigualdades ante la ley y en los privilegios, así como en las intervenciones arbitrarias e imprevisibles de las coronas, fue configurándose una nueva concepción de la función judicial. Ciertamente hablar de un modelo ilustrado de función judicial –como en general hablar de “las ideas de la ilustración jurídica”– supone una simplificación de un conjunto complejo de ideas que tuvieron una génesis y una difusión diferente, además de una generalización que pasa por alto importantes diferencias entre las posiciones de los autores que las sostuvieron¹¹¹. Me parece, sin embargo, que este nivel de generalidad es suficiente en este momento a efectos de considerar dos ideas centrales que contribuyeron a delinear la imagen deseable de la función judicial que circuló entre juristas, filósofos jurídicos y en general, como “vulgata ilustrada” (TARELLO, 1976:470), entre algunos sectores de la opinión pública del siglo XVIII: la separación entre las funciones de juez y legislador y la rigurosa subordinación del juez a la ley. Dos tópicos que resaltan, por ejemplo, en este fragmento de un comentario que FILANGERI hizo de la pragmática napolitana de 1774 (mencionada *supra* §38):

“En todos los gobiernos moderados la facultad de juzgar no puede estar unida a la facultad legislativa (...). En las monarquías, por ejemplo, donde la emanación de las leyes se encuentra en manos del soberano, los magistrados no pueden ser al mismo tiempo legisladores (...). ¿Cuál será entonces la tarea de los magistrados? Aquella que nuestro soberano ha determinado con tanta claridad en la ley a cerca de la cual razono. Conocimiento del hecho, aplicación literal de la ley: he aquí a que se reducen todos los deberes de un juez” (1774:322, 331-333).

¹¹¹ Cfr. TARELLO (1976:223ss.).

Resuena con claridad en estos tópicos el eco de las ideas que expresó MONTESQUIEU en relación a la jurisdicción en la monarquía inglesa, aquel estado “cuya constitución tiene por objeto directo la libertad política”: si el poder judicial se encuentra unido al poder legislativo, decía en ese contexto MONTESQUIEU, no puede haber libertad, “el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador”.¹¹² Si el juez no puede ser a la vez legislador, continúa más adelante, su poder debe limitarse a la aplicación de la ley: el juez debe ser “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley” y las sentencias deben “deben corresponder siempre al texto expreso de la ley”, pues “si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos adquiridos”¹¹³.

Esta conexión entre la subordinación del juez a la ley, la previsibilidad de las actuaciones judiciales y la certeza de los propios derechos, considerada un aspecto esencial de la libertad, parece constituir precisamente el núcleo de la concepción de la decisión judicial de la “vulgata ilustrada”¹¹⁴. Ella constituye el fundamento de su oposición tanto al *arbitrio judicial*¹¹⁵ como a la *interpretación* de la ley por los jueces¹¹⁶,

¹¹² MONTESQUIEU (1748:XI, VI, 107).

¹¹³ MONTESQUIEU (1748:XI, VI, 112 y 109). La imagen del juez “boca de la ley”, hecha famosa por MONTESQUIEU, se debería en realidad, según afirma FERRAJOLI (1989:73), a Gerard WINSTANLEY, quien en su obra *The Law of Freedom in a Platiforme, or True Magistracy Restored* (1652) sostuvo que: “La ley misma es el juez de todas las acciones de los hombres. Sin embargo, es llamado juez aquel que es elegido para pronunciarla, puesto que es la boca de la ley; pero nadie debe juzgar o interpretar la ley. La ley misma, en realidad, tal y como nos es transmitida literalmente, es el pensamiento y la decisión del Parlamento y del pueblo del País (...) Y el hombre que se arroga el interpretar la ley o bien oscurece su sentido y, por tanto, la vuelve confusa y difícil de comprender, o bien le atribuye otro significado y de tal forma se coloca por encima del Parlamento, de la ley y de todo el pueblo. Por eso la tarea del funcionario llamado juez es escuchar cualquier cosa que le sea sometida (...) Tras de lo cual debe pronunciar la desnuda letra de la ley, puesto que se llama juez no porque su mente y su querer deban juzgar las acciones de los imputados sino porque es la boca que debe pronunciar la ley, que es el verdadero juez” (citado por FERRAJOLI, 1989:73).

¹¹⁴ “La opinión de la propia seguridad es la base de la libertad social”, decía FILANGERI (1774:333).

¹¹⁵ “La libertad de los hombres será menor a medida que el arbitrio judicial sea mayor”, sostenía el mismo FILANGERI (1774:325). Fue usual que en el contexto de este argumento que se citaran los textos clásicos de Aristóteles y Platón acerca de la bondad del *gobierno de las leyes* frente al *gobierno de los hombres*, para oponerse al despotismo de los jueces (cfr. por ejemplo MURATORI, 1742:120).

¹¹⁶ Así demandaba VOLTAIRE (1764-69:290) “que cada ley sea clara, uniforme y precisa: interpretarla significa casi siempre corromperla”, pues, según decía P. VERRI (1765:167), “el juez se convierte en legislador tan pronto como es lícito interpretar la ley”.

dos conceptos que pierden la connotación neutral que habían tenido a lo largo del Antiguo Régimen, para convertirse en favoritas *betes noirs* de la Ilustración¹¹⁷.

El modelo de jurisdicción, en el que el juez no resolviera legislando sino conociendo –los hechos y también la ley, del mismo modo como podía conocerla cualquier ciudadano– suponía que adquiriera efectividad la primacía de la ley entre las fuentes del derecho y que la ley tuviera determinadas cualidades de orden y método, que hicieran posible la imagen de un juez dedicado exclusivamente a su aplicación mecánica. En este punto la concepción del poder judicial subordinado a la ley se entrelaza con otro proyecto ilustrado, la codificación. En cierto sentido, los códigos – leyes metódicas, completas, breves– son el *prius* de la figura del juez *bouche de la loi*. A.VERRI lo tenía presente cuando advertía de que “no basta prohibir la interpretación de la leyes, porque no tenemos leyes cuya interpretación podamos ahorrarnos; no basta

¹¹⁷ Como explica CAVANNA (1979:232-233), “el arbitrio judicial no se encontraba revestido –en opinión de los juristas, de las autoridades y en general de la cultura jurídica del absolutismo– del radical alcance negativo que asumiría de la ilustración en adelante, con las modernas teorías sobre la separación entre poder legislativo y judicial y sobre la rigurosa subordinación del juez a la ley: se trataba de un poder de libre apreciación concebido como circunscrito dentro de los límites del ordenamiento mismo, del que la equidad se consideraba un componente” (vid. también B. BRAVO, 1988 y A. NIETO, 2000:209ss.). Lo que sí aparecía como fuente de desorden e incertidumbre era el que ciertos tribunales hicieran ilusorios los límites impuestos por el soberano y la doctrina a su amplia discrecionalidad, incurriendo en las posibles manifestaciones patológicas del arbitrio, como las que son denunciadas en esta orden dirigida por Felipe II en 1581 al Senado de Milán: “*Sotto colore dell’arbitrio che le costituzioni concedono al tribunale vostro intendiamo che si usa da voi tanto assolutamente l’arbitrio nelle sentenze civili e criminali, che assolvete e condannate senza guardar Leggi, Statuti né Costituzioni dello Stato, tal che si dice non esservi causa alcuna nella quale altri, per molto che abbia ragione, si possa assicurare che gli abbia a valere, se si introduce nel Tribunale vostro: trattandosi qui più di puro arbitrio che per legge o per equità, come si vede da questo, che in un caso determinate ad un modo, e in un altro simile fate al contrario*” (cit. en CAVANNA, 1979:233, nota 25). En cuanto al desplazamiento en el concepto y la posición en el ordenamiento jurídico de la interpretación, TARELLO (1976:67ss) señala como en la concepción corriente aún a comienzos del siglo XVIII el término *interpretatio* no refiere a una entidad puesta en un plano diferente al de la *lex* e instrumental respecto de ella sino a un conjunto de materiales jurídicos, independientes de la *lex*, a los que se recurría para resolver y decidir los casos jurídicos: “Por *interpretatio* se entendía cualquier expresión normativa, enunciada por tribunales o juristas, en ausencia de *lex* aplicable a un caso determinado, en base a razones (*rationes*) o a opiniones a las que se atribuía autoridad (*auctoritates*). Por una parte el material normativo reunido bajo el nombre *interpretatio* era considerado subsidiario, es decir no debía ser utilizado en los casos decididos por la *lex* o “*casus legis*”, en virtud del principio “*in claris non fit interpretatio*”; pero, por otra parte, toda la cultura jurídica técnica del quinientos y el seiscientos había llevado a limitar al máximo grado la aplicabilidad de la *lex*, entendiendo por caso resuelto por la ley sólo aquél resuelto en forma específica y directa por una expresión de la *lex* misma; no se consideraba aplicación de *lex*, sino recurso a la *interpretatio*, una aplicación analógica de una expresión de *lex*” (67-8).

con prohibir la citación de doctores; no basta tampoco con quemar todos sus volúmenes...” (1764-1765:415).

§43. *El código como presupuesto del nuevo modelo de juez.* El proyecto codificador fue el remedio que la Ilustración defendió para hacer frente a la falta de certeza de los ordenamientos jurídicos del Antiguo Régimen, esto es, a la inseguridad que se derivaba de la dificultad de abarcar el conjunto de materiales jurídicos relevantes en un determinado caso, dada la concurrencia de diversas fuentes y el enorme y controvertido caudal de comentarios y opiniones de los juristas, que hacían del derecho un “laberinto misterioso e impenetrable”¹¹⁸.

Estas críticas a la incertidumbre que provocaba la estructura particularista, casuista y jurisprudencial de los ordenamientos jurídicos del Antiguo Régimen se resolvieron predominantemente, ya a partir del siglo XVI, en la demanda de leyes claras, uniformes y reducidas en número, que resultaran fácilmente accesibles¹¹⁹. A la valoración de la *ley* emanada de la voluntad estatal como el medio adecuado para conseguir certeza en el derecho se fueron uniendo progresivamente otros requerimientos técnicos –la idea de un cuerpo único de leyes, la definición de un orden sistemático que asegurara su plenitud, la necesidad de abrogación de todo el derecho

¹¹⁸A. PEREZ Y LOPEZ, *Principios del orden esencial de la Naturaleza*, 1785 (citado por V. Tau, 1992:150).

¹¹⁹Ya en 1531 J.L.VIVES sostenía que, “presupuesto que la ley es una suerte de regla a la cual cada uno debe acomodar todas sus acciones, es razón que las leyes sean claras, fáciles y pocas para que sepa cada cual a punto fijo cómo ha de vivir y no que por la oscuridad de las leyes lo ignore y por su número excesivo no pueda la memoria retenerlas” (1531:515). El mismo anhelo era reiterado en 1791, por el jurista J. MELÉNDEZ VALDÉS en un discurso dirigido a la Audiencia de Extremadura: “¿Por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltos más y más, y confundidos por esa serie bárbara de glosadores y tratadistas, y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y experiencias, a pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos y puedan retener?” (citado por TAU, 1992:151). Otra voz destacada en la crítica de la falta de certeza del derecho que propuso una solución legislativa fue la de MURATORI, cuya obra *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) tuvo gran éxito y divulgación. En ella sugería que la solución a esos males “no exige otra cosa que los príncipes, en cuya mano se encuentra la autoridad de hacer nuevas leyes y de cambiar, reformar y abolir las antiguas y de dar reglas a la judicatura sea civil que criminal, quieran emplear su paterno celo prescribiendo, si lo hay, un mejor método en los juicios y zanjando una infinidad de dudas, controversias y opiniones, que se han entrometido en la jurisprudencia”, reuniendo las soluciones en “un pequeño código nuevo de leyes” (1742:28 y 124).

anterior– que llevaron a la configuración de la idea moderna de *código* como el mejor remedio para los defectos de los ordenamientos jurídicos de la época¹²⁰.

El *código*, se pensaba, por sus características de orden y método y por su brevedad haría posible el conocimiento directo del derecho por parte de los ciudadanos y su aplicación diáfana por parte de los jueces, excluyendo todo misterio y todo arbitrio. Es lo que expresaba A. Verri en el siglo XVIII, tras destacar la gravedad de los problemas del derecho:

“No se trata de un sistema que en el fondo sea bueno y al que se superpongan ciertos defectos: se trata de un total desorden: se trata de no existir certeza en las leyes, *nihil in iure pacificum*: de no tener un código, sino veinte mil volúmenes de disputas. No hay, en mi opinión, reforma parcial que baste. De nada sirve declamar ni contra los abogados, ni contra los jueces, ni contra los vicios del foro, ni contra los estudiosos incultos. Mientras el juez pueda seguir sus pasiones bajo el pretexto del prudente arbitrio y de la equidad: mientras con la complacencia de las propias leyes el juez, que debería ser su ejecutor, pueda volverse legislador en cada sentencia: mientras el sea dueño en lugar de siervo de las leyes, ninguna declamación podrá impedir que tome el partido que le resulte más cómodo (1764-1765:415)”.

¹²⁰En relación a la idea moderna de código y sus elementos es fundamental la obra de TARELLO (1976 y 1995). El profesor italiano propone la siguiente definición de la imagen moderna de código: “un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esa autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo” (1995:39). Aunque en principio en el proyecto codificador podía coincidir el interés liberal-burgués en la certeza y el interés del príncipe absoluto en la centralización de la producción normativa –lo demuestra el que numerosos intentos de codificación hayan sido emprendidos por los monarcas “ilustrados”(vid. TARELLO, 1976:223ss.)–, en definitiva la realización de ese proyecto suponía una transformación del orden social y político que iba más allá de las intenciones y las posibilidades de los soberanos absolutos: la simplificación profunda del derecho y su ordenación metódica en un número relativamente pequeño de disposiciones jurídicas fácilmente accesibles sólo podía conseguirse a costa de eliminar la multiplicidad de estatus personales y de clases de bienes propia del *ancien régime* y sustituirla por la generalidad y la abstracción de las categorías jurídicas liberales –el sujeto único e igual de derecho, la propiedad individual y abstracta, la libre contratación– a través de las cuales la ideología burguesa había imaginado jurídicamente su programa de cambio (cfr. P. COSTA, 1974 y P. BARCELONA, 1996:42-66). Es por eso que la idea moderna de código sólo pudo concretarse en plenitud tras la superación del orden estamental obrada por la revolución francesa. Sólo entonces, “una vez que la revolución ha acabado con los privilegios jurídicamente consagrados, pueden [los códigos], a partir de un concepto ya unitario de ‘persona’ o sujeto de derecho, desarrollar metódicamente las reglas, sin el quiebre de las ‘excepciones”” (B. CLAVERO, 1979:74).

El remedio radical era para VERRI la elaboración de “un código nuevo, bien construido”, en el que no hubiera “ambigüedades, contradicciones y materias fecundas de dudas”. De ese modo “el juicio no debería consistir sino en decidir que el caso está comprendido en tal ley”, “nada sería dejado a las opiniones, y el juez realizaría juicios, no leyes” (1764-1765:415).

Estas reflexiones de VERRI muestran con claridad como la virtualidad curativa del código frente a los problemas de certeza del derecho se vinculaba a la concepción normativa de la función judicial que antes hemos examinado, que definía un modelo ideal de aplicación judicial del derecho, que los códigos permitirían alcanzar.

§44. *La epistemología de la demostración y la cognoscibilidad del derecho.* Tras los dos proyectos ilustrados que hemos examinado late una misma epistemología, que funda a la vez la posibilidad de un conocimiento directo y sencillo del derecho por parte de cualquier ciudadano y la posibilidad de un juicio judicial puramente cognoscitivo. Se trata de una epistemología ligada al racionalismo –que había sido extendido por el iusnaturalismo moderno, junto con la polémica contra el saber fundado en la *autoridad*, del ámbito de los saberes científicos al terreno de la política, la moral y el derecho– y dominada por la imagen del cálculo matemático, concebido como el camino o método que permitía a la razón un conocimiento cierto a través de la demostración (frente al conocimiento meramente probable fundado en la opinión).

Los primeros *modernos* habían distinguido entre saberes que dependen de la *memoria* o saberes puramente históricos –como la teología, la política, la jurisprudencia– que son opinables y en los que el recurso a la citación de autores resultaba legítimo, y ciencias que dependen del *razonamiento*, extrañas al principio de autoridad. Los iusnaturalistas racionalistas aplicaron también a estos ámbitos el cálculo como método y la demostración como criterio de verdad. HOBBS se refiere expresamente a ello en el *Leviatán* (1651:148-9):

“Cuando un hombre *razona* no hace sino concebir una suma total por *adición* de parcelas, o concebir un resto por *sustracción* de una suma en relación a otra (...). Pues tal como los aritméticos enseñan a añadir y sustraer en *números*, así los geómetras enseñan lo mismo con *líneas, figuras* (sólidas y superficiales), *ángulos, proporciones, tiempos, grados de velocidad, fuerza, poder* y análogos. Los lógicos enseñan lo mismo en *consecuencias de palabras*, sumando conjuntamente *dos nombres* para formar una *afirmación*, *dos afirmaciones* para formar un *silogismo*, y *muchos silogismos* para formar una *demostración*; y de la *suma* o *conclusión* de un silogismo sustraen una *proposición* para encontrar la otra. Los escritores de política suman *pactos* para descubrir los *deberes* del hombre, y los abogados, *leyes y hechos* para descubrir lo que es *justo e injusto* en las acciones de las personas privadas. En suma, en cualquier materia donde haya lugar para una *adición* y *sustracción*, hay lugar también para la razón, y donde esas

operaciones no tienen lugar nada en absoluto puede hacer la razón. (...) Pues la *razón*, en este sentido, no es sino *cálculo* (esto es, adición y sustracción) de las consecuencias de nombres generales convenidos para caracterizar y significar nuestros pensamientos”.

En virtud de ese método cuantitativo, al alcance de cualquier sujeto racional, el saber se volvía generalmente accesible y dejaba de ser un arcano reservado a quienes se desenvolvieran hábilmente entre las opiniones de los *auctores*. Eso significaba que cualquier persona podía razonar sujetándose al método demostrativo y llegar a conclusiones ciertas a partir de la libre investigación individual, pero también que un razonamiento expuesto demostrativamente resultaba universalmente inteligible. De ahí que, también en el terreno del derecho, el modelo de la demostración a partir de principios generales se volviera (con mayor o menor proximidad) el *estilo expositivo* de los tratados de derecho natural.

De la inteligibilidad de los tratados filosóficos abstractos a la cognoscibilidad del derecho vigente parece haber, sin embargo, un largo trecho. Con todo, y a pesar de esa apariencia, es precisamente el método de los primeros el que llegará a determinar el orden de los códigos legales y a hacer posible la aspiración de un conocimiento general y directo del derecho. Ello se explica porque los iusnaturalistas, cuya formación jurídica había sido fundamentalmente romanista, no procedieron usualmente en forma puramente abstracta, con los medios de su sola razón, sino que recurrieron a los materiales del derecho común, especialmente al momento de construir sistemas normativos que no se detuvieran en los principios generales sino que se extendieran a las proposiciones de detalle. De este modo, muchas veces la formulación de una proposición de *derecho racional* no era otra cosa que la reformulación de uno o varios preceptos del derecho romano, limpios ahora de contradicciones, casuismo y oscuridades, así como de las diferenciaciones introducidas por los derechos particulares¹²¹.

¹²¹ “¿Qué fue lo que en realidad pasó? ¿En qué se transformó ese derecho de razón extraído de grandes principios y postulados puramente racionales? No en otra cosa que en lo siguiente: los grandes sistemas de derecho natural del siglo XVIII no fueron más que la abstracción, racionalización y generalización del derecho común de la época medieval y moderna” (A. GUZMÁN, 1984:20). Esta recuperación del derecho romano implicaba reconocer que una parte importante de sus preceptos –una vez generalizado el casuismo– coincidían con las reglas del derecho natural, no obstante la falta de un orden sistemático y la existencia de ciertas materias en que esa coincidencia no tenía lugar. La utilización de ese material no significaba en cambio que la pertenencia al derecho romano *probara* que una cierta regla correspondía a una prescripción de la razón; la prueba de la pertenencia de una regla al sistema de derecho natural dependía únicamente de su *demostración* a partir de los primeros principios o axiomas evidentes: no se argumentaba a partir de la autoridad presupuesta del derecho romano como *ratio scripta*,

Esa vinculación con los materiales jurídicos vigentes permitió que obras como las de Ch. WOLFF (*Jus naturae methodo scientifica pertractata*, de 1749), de J. DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, editada en Paris entre 1689 y 1694) o de R.J. POTHIER (*Pandectae justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis*, 1748-1752), se convirtieran en el siglo XVIII no sólo en el modelo de los tratados científicos sobre derecho vigente, sino también en modelo formal y sustantivo de los proyectos codificadores, tanto de los emprendidos por soberanos ilustrados como en los propuestos por la abundante literatura sobre *ciencia de la legislación*. De ese modo la posibilidad de una comprensión universal se trasladaba del ámbito del abstracto derecho de naturaleza al del derecho vigente (o que aspiraba a ser vigente, en el caso de los proyectos de códigos).

A la vinculación de esa posibilidad con un método de exposición que va de lo general —las definiciones y principios— a lo particular —las diversas proposiciones normativas— se refiere DOMAT en el siguiente fragmento de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*:

“Algunos de aquellos que lean este Libro podrán sorprenderse de encontrar en varios puntos verdades tan comunes y tan fáciles, que les parecerá innecesario ponerlas, pues no hay quien las ignore. Sin embargo ellos podrían aprender de quienes conocen el orden de las ciencias, que es a través de esas verdades simples y evidentes que llegamos al conocimiento de aquellas que lo son menos; y que para el detalle de una ciencia se deben reunir todas, y formar el cuerpo entero que se compone de su ensamblaje. Así, en la geometría, se debe comenzar por aprender que el todo es mayor que cada una de sus partes... y otras verdades que los niños conocen, pero cuyo uso es necesario penetrar en otros menos evidentes¹²².

Los mismos presupuestos epistemológicos a los que remitía la noción de *orden* o *método* como componente de la idea de código, que aseguraba su general

sino que se demostraba la validez racional de ciertos preceptos del derecho romano por su adhesión a los cánones absolutos de la razón. Hubo, por lo tanto, una valoración del derecho romano como material normativo, pero esa valoración se independizó del principio de autoridad.

¹²² DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), 1777, I, pp. 12-13 (citado por Tarello, 1976:168). En el mismo sentido apuntan también las reflexiones de J. BENTHAM acerca del estilo que debía seguirse en la elaboración del código universal que proponía: “El pueblo no tiene lugar para hacer un estudio profundo de ellas [las leyes], no tiene la capacidad necesaria para confrontar varias disposiciones distantes una de otras y no entendería las voces técnicas de un método arbitrario y artificial; conviene pues distribuir las materias en el orden más fácil para entendimientos poco ejercitados; en el orden más interesante por la importancia de los objetos, en una palabra, en el orden más natural” (1821-1822:434).

accesibilidad, subyacían también a la concepción de la decisión judicial como un juicio cierto y puramente cognoscitivo. Lo que de acuerdo a esa concepción le daba esos rasgos de certeza era precisamente su carácter demostrativo, según la imagen clásica del silogismo judicial que retratará BECCARIA:

“En todo delito puede hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más que un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”(1764:220-1).

Una vez que, realizado el proyecto codificador, las disposiciones legales se presentaran como *proposiciones* claras y simples, el juez se podría limitar a aplicarlas a los casos que conozca con las solas armas de la lógica, subsumiendo los hechos y deduciendo la conclusión¹²³. De ese modo se cerraba, gracias a los códigos, el círculo de la certeza del derecho en el momento de su aplicación judicial: “...un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita” (BECCARIA 1764:222).

§45. *La evidencia del fundamento y la ausencia de la motivación.* La concepción ilustrada de la función judicial, en su vínculo profundo con el proyecto codificador, expresaba una demanda de participación del público en los *arcana iura*, una exigencia de conocimiento directo –sin mediadores¹²⁴– del derecho y, por consiguiente, una

¹²³La concepción de las reglas de derecho como proposiciones y del juicio jurídico como demostración fue formulada quizás por primera vez por LEIBNIZ, quien tuvo a su vez influencia en la obra de WOLFF y la escuela wolfiana (cfr. TARELLO, 1976:133ss.). Preocupado por la certeza del razonamiento jurídico, LEIBNIZ quiso representar el derecho vigente bajo la forma de un sistema de proposiciones para poder operar lógicamente con ellas. Ese proyecto le permitía afirmar que “cada caso puede ser decidido solamente en base al derecho” (*Specimen difficultatis in iure seu dissertatio de casibus perplexis*, 1666; citado por TARELLO, 1976:137), pues siempre se podría encontrar la correspondiente regla (proposición jurídica verdadera), a través de su demostración a partir de las proposiciones jurídicas ya conocidas como verdaderas.

¹²⁴La pretensión de eliminar los mediadores que obstaculizaban el acceso público y directo al derecho y, en general, la desconfianza respecto de los abogados y los juristas, intérpretes profesionales del derecho, fue otro lugar común de la ilustración jurídica. Véase por ejemplo, esta opinión de CONDORCET: “Si se establece un tipo de jurisprudencia uniforme y simple, de ello se seguirá que los hombres de leyes perderán la ventaja de poseer exclusivamente el conocimiento de las formas; que todos los hombres que sepan leer serán igualmente hábiles para esa materia; y es difícil imaginar que se pueda mirar esta igualdad

exigencia de conocimiento público del saber en que debía apoyarse el ejercicio del poder judicial. Esa doble demanda está latente en el requerimiento de que la actuación judicial se base en la ley públicamente conocida y no en el arbitrio amparado por el secreto¹²⁵.

Mientras para un observador contemporáneo estas coordinadas político-jurídicas evocan de inmediato la temática de la motivación de las sentencias, en la época en que fueron forjadas, en cambio, como se anticipaba al comienzo del capítulo, la cuestión de la fundamentación de las decisiones judiciales ocupó un lugar secundario. Entre los *philosophes*, la motivación sólo mereció un par de comentarios breves de CONDORCET y VOLTAIRE. El primero señalaba, criticando las arbitrariedades de la justicia penal, que es una exigencia de derecho natural “que todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las causas que le han movido a ello” (CONDORCET, 1786:152); mientras el segundo, comentando el libro de BECCARIA, *De los delitos y las penas*, se preguntaba “¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas? ¿hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?” (VOLTARIRE, 1766:825).

Buscando en la obra de otros exponentes de la cultura jurídica y política de la ilustración, quien parece haber dedicado más tinta a defender un deber de motivar las decisiones judiciales fue Gaetano FILANGERI, quien afirmaba que ésta induciría al juez a ponderar mejor su decisión, alejándolo de la parcialidad y el arbitrio y exponiendo su actuación al control crítico de la opinión pública:

“No es sólo una persona la que debe ser persuadida por las falaces inducciones de un juez corrupto; es un público entero, inexorable en sus juicios, el que debe examinar sus decisiones. Nada ha provocado tanto temor, aun en los espíritus más intrépidos, como la censura pública. (...) Si la opinión de la propia seguridad es la base de la libertad social (...) y si esta opinión se refiere a la suma y a la intensidad de los obstáculos que un ciudadano debe superar para violar los derechos de otro ciudadano, no encuentro medio más efectivo para fomentar esta saludable

como un mal” (1782:379). Esta desconfianza tuvo un eco en el rechazo ilustrado de los jueces profesionales y la exaltación del jurado.

¹²⁵ Cfr. BECCARIA (1764:237): “...si este magistrado obrase con leyes arbitrarias y no establecidas de un código que gire entre las manos de todos los ciudadanos, se abre una puerta a la tiranía, que siempre rodea los confines de la libertad política. Yo no encuentro excepción alguna a este axioma general: cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente”. La concepción ilustrada, y particularmente roussoniana, de la ley como manifestación de la voluntad general añadía una dimensión adicional a la publicidad de la ley, al vincular su contenido a la deliberación pública en torno al interés común (*infra* §§ 49 y 50).

opinión, en relación a los magistrados, que aquél de constreñirlos a dar razón al público de la justicia de sus decisiones (1774:252)”.

Buscando una explicación para el escaso interés de la Ilustración en la motivación de las decisiones judiciales Michele TARUFFO propone una tesis, que nos parece plausible. En su opinión, esa indiferencia podría estar ligada a la imagen del juicio como una deducción a partir de la ley de la solución evidente al litigio que formaba parte de la concepción ilustrada de la función judicial:

“...la imagen del juez *bouche de la loi* es el símbolo de un cuadro conceptual que omite los problemas inherentes al juicio de hecho y que cultiva una concepción mecanicista de la aplicación de la ley; en ese cuadro, la supuesta simplicidad y automaticidad del juicio (depurado de ambigüedades y distorsiones interpretativas) aparece incompatible con el arbitrio subjetivo de quien juzga, y suficiente para garantizar la justicia objetiva de la decisión (1974:268-269)”¹²⁶.

Efectivamente, parece razonable pensar, desde la perspectiva de un jurista ilustrado, que si se cumplía la promesa de los códigos, entonces la pública accesibilidad del derecho y la automaticidad del juicio judicial asegurarían por sí solas la posibilidad de controlar la efectiva sumisión del juez a la ley. La necesidad de una garantía adicional no llegaba a plantearse. Bastaba, según esa imagen de la decisión judicial, con imponer la primacía de la ley y la rigurosa subordinación del juez a su texto literal, para que cualquier persona pudiera constatar en toda decisión judicial la aplicación diáfana a un caso concreto de una regla jurídica general.

Hay un elemento adicional que puede completar la explicación de TARUFFO. Se trata de la atención que la Ilustración jurídica prestó, según veremos en la próxima sección, a otras garantías procesales y, en particular, a la publicidad de las actuaciones procesales. En nuestra opinión esa garantía cerraba, ahora sí del todo, el círculo de la evidencia y la transparencia de la deliberación judicial conforme a la legalidad, al hacer posible el acceso público a las bases fácticas de cada decisión. Pues si la publicidad llegaba a reemplazar al secreto en las actuaciones procesales, el público no sólo podría comprobar el respeto a la legalidad procesal, sino que, al conocer a través de las pruebas los hechos del caso, dispondría de todos los elementos para juzgar si el juez ha aplicado o no debidamente la ley. También desde la perspectiva de la reflexión ilustrada

¹²⁶ La misma explicación ofrece Letizia GIANFORMAGGIO (1983:44-5), destacando como la ausencia de preocupación por la motivación de la sentencia es coherente con la supuesta evidencia de la solución judicial.

sobre el proceso resultaba entonces innecesario seguir imaginando adicionales garantías para la legalidad de la decisión judicial.

4.3. La concepción ilustrada del proceso: centralidad de la publicidad procesal.

§46. *Publicidad y derecho de defensa.* Como recordábamos al concluir la anterior sección, las reflexiones críticas de la Ilustración acerca del derecho de la época no se refirieron sólo al sistema de fuentes y a la posición institucional del juez, también abarcaron la problemática del proceso y particularmente del proceso penal, en el contexto de la especial atención que recibió entonces la cuestión del fundamento y las modalidades de ejercicio del *ius puniendi*. La oposición al procedimiento inquisitivo característico del Antiguo Régimen fue, ciertamente, uno de los lugares comunes de la *vulgata* ilustrada,¹²⁷ así como la exigencia de una reforma de las fases y las formas del proceso según un modelo acusatorio inspirado en la antigüedad clásica y en el sistema judicial inglés¹²⁸.

Uno de los aspectos que concitó el rechazo de diversos pensadores y juristas de la Ilustración, en coherencia con su identificación con las metáforas de la luz y de la iluminación (de la *Aufklärung* o del *Enlightment*), fue el carácter secreto del proceso

¹²⁷ El pensamiento ilustrado criticó intensamente el cruel recurso a la tortura en el marco del sistema de prueba legal y, en general, el despotismo y la irracionalidad del proceso inquisitivo. En él, sostenía BECCARIA (1764:255), más que asumir la posición de indagador de la verdad, “el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado, presa de la suciedad, de los tormentos y de la expectativa más espantosa; no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado” (una opinión semejante se puede leer en VOLTAIRE, 1766:823). Frente a este modelo procesal, que el jurista milanés denomina “ofensivo”, se propugna uno acusatorio y estructurado en base al principio contradictorio, que haga posible “la indagación indiferente del hecho, según manda la razón” (BECCARIA 1764:256) y asegure el derecho de defensa del acusado.

¹²⁸ Al respecto puede verse, en general, ESMEIN (1882:348ss.), TARELLO (1976:390-2), ALESSI (1989:388ss.) –quien proporciona una buena síntesis de las características que diferencian a los proyectos de reforma del absolutismo ilustrado de los proyectos más radicales del iluminismo francés e italiano, que confluirán en el programa revolucionario (diferencias que permiten comprender mejor el carácter híbrido del modelo de proceso penal que terminará por imponerse en el continente europeo)- y FERRAJOLI (1989:566, 616). La difusión del modelo procesal inglés, que llegó a adquirir un reconocimiento al límite de lo mítico, tuvo, entre sus canales más relevantes, a la obra de DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre* (Amsterdam, 1771) así como a la traducción de los *Comentarios* de K (*Recherches sur les cours et les procédures criminelles d'Angleterre, extraites des Commentaires de Blakstone*, Paris, 1790).

inquisitivo¹²⁹. La oralidad y publicidad de las diversas actuaciones procesales fueron reivindicadas como mecanismos idóneos para garantizar, en primer lugar, las posibilidades de defensa del acusado, al permitirle conocer los hechos que se le imputaban así como confrontar y refutar las declaraciones de los testigos y demás pruebas.

Así, PAGANO (1787:154), por ejemplo, denunciaba el “misterioso arcano de los juicios criminales” y FILANGERI (1780-85:195), por su parte, protestaba contra el “velo misterioso y arbitrario” que ocultaba los pasos del “violento proceder” judicial, ese “silencio espantoso” que “deja a los parientes u amigos del infeliz que es conducido a aquellos tribunales en una cruel ignorancia de su suerte y en la imposibilidad de socorrerle”. También VOLTAIRE (1766:821-2), en la misma línea, comparaba con pesar el secreto de los juicios criminales franceses, donde el juez, encerrado con los testigos que oye solo, con su secretario, “puede hacerles decir todo lo que quiere”, con el proceso de los romanos “donde los testigos eran oídos públicamente, en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles por sí mismo o enfrentarles a un abogado”.

§47. *Publicidad y control público de la actuación judicial.* Por otra parte, la publicidad de los juicios debía servir también como freno de la arbitrariedad del juez al exponerlo al control atento de la sociedad. BECCARIA (1764:243) sintetizaba bien esta aspiración cuando reclamaba: “Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos”. La misma idea encontrará luego un ferviente defensor en BENTHAM, para quien la publicidad, “alma de la justicia” (1823:140), no sólo podía favorecer la veracidad del testimonio (1823:140), sino que sobre todo debía asegurar la probidad de los jueces, actuando como “freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar” pues el juez, sometido continuamente al “tribunal” de la “opinión pública”, “aunque llevase la injusticia en el corazón, sería justo a pesar suyo por estar una posición en la que no puede hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo” (1823:142-3)¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. V. VIGORITI (1973) y E. PEDRAZ (1990b:39ss.).

¹³⁰ Ningún mecanismo de control interno de la decisión judicial puede, según BENTHAM, tener la eficacia del control externo que asegura la publicidad: “Las miradas del soberano, ¿reemplazarían a las del público? Sería tanto como preguntar si el príncipe tiene la posibilidad de revisar todos los procesos. Dejemos aparte el interés de los tribunales, el peligro del favoritismo, la improbabilidad de que un ministro

A la vez que hace visible el juicio a la crítica de sus espectadores, la publicidad dota también de “apariencia” de justicia a la decisión y funda según BENTHAM la “confianza del público” en las sentencias de los tribunales (1823:145)¹³¹. Por el contrario, el secreto provoca naturalmente la desconfianza pública, como destaca el autor británico en el siguiente párrafo, que merece la pena reproducir completo:

“La inocencia y el misterio nunca van juntos, y quien se oculta está más que a medias convicto. He ahí el principio según el cual actúan [los propios tribunales, al juzgar a un acusado]. ¿Por qué no servirse de dicho principio contra ellos mismos? Su conducta ¿no ofrece idénticas apariencias de culpabilidad? Si fuesen inocentes, ¿tendrían miedo de parecerlo? Si no tuviesen nada que temer de las miradas del público, ¿por qué se encerrarían en un recinto de tinieblas? ¿Por qué harían del palacio de justicia una cueva tan secreta como la de los ladrones? Y al hacerles reproches injustos, ¿pueden quejarse? ¿No está en sus manos hacerlos cesar?” (1823:145-6).

4.4. La institucionalización de la exigencia general de motivación tras la Revolución francesa

§48. *El interés de la Revolución por la motivación de las sentencias.* En contraste con la indiferencia de los juristas ilustrados, en el contexto de la Revolución francesa la necesidad de una motivación obligatoria y pública de las decisiones judiciales adquirió rápidamente relevancia. Ya en los años que precedieron a la Revolución la opinión pública había visto en la motivación de las sentencias un remedio frente a la arbitrariedad de los procedimientos del Antiguo Régimen. Así lo muestran diversos testimonios en los *cahiers de doléances* presentados en las convocatorias de los Estados

que ha elegido un mal juez confiese el error de su elección y le inflija un castigo que repercutiría sobre sí mismo. *¿Quién guardará a los guardianes?* Es una pregunta que se repite sin cesar mientras no se pueda fiar en la nación misma” (1823:144, cursivas del autor).

¹³¹ Ya KANT en *La paz perpetua* (1795:77ss) había expresado una idea similar al sostener que “(sin) publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría, por lo tanto, derecho, que es lo que la justicia distribuye y define”(77), de modo que “las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas si su máxima no admite publicidad”, pues “en efecto, una máxima que no puedo manifestar en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que de ser conocida suscitara contra mí una enemistad necesaria y universal y, por lo tanto, cognoscible *a priori*; una máxima que tiene tales consecuencias, las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás” (78).

generales, entre los que podemos destacar, como botón de muestra, uno presentado en los Estados generales reunidos en mayo de 1789:

“...todo juicio o fallo dado, sea civil o criminal, debe contener los motivos de la decisión, la liquidación de las costas, y el número de opiniones contrarias, con los motivos particulares que hayan podido determinarlas, todo bajo pena de nulidad cuyas consecuencias serán de cargo de los jueces y la fórmula de condenar “pour le cas résultants du procès” debe ser para siempre proscrita”¹³².

Esta exigencia fue recogida en términos muy similares por la Revolución, de modo que la motivación obligatoria y pública llegó a ocupar en el giro de pocos años la posición de un principio general de la organización de la magistratura, consagrado primero legal y luego constitucionalmente¹³³. Cabe preguntarse entonces qué es lo que explica esta mayor atención prestada a la fundamentación de las sentencias en la cultura política y jurídica revolucionaria.

§49. *Motivación y control jurisdiccional de la legalidad de las decisiones judiciales.*

Una primera perspectiva sugiere que ella puede ser comprendida en el marco de una política de institucionalización del principio de legalidad que valoró –en línea con el interés hacia la motivación de las sentencias que se había expresado en algunas políticas judiciales del absolutismo ilustrado- su utilidad como herramienta en la configuración de un sistema de control jurisdiccional y jerarquizado de la legalidad de la decisión judicial, encabezado por la nueva Corte de Casación¹³⁴. Desde este punto de vista, sin embargo, más que innovación en el significado de la institución, parecería haber continuidad con la voluntad de centralización y estatalización que se sirvió también de la exigencia de motivación en el Antiguo Régimen. Aun admitiendo esa continuidad, expresada en la atribución a la motivación de una función *endo-procesal*,

¹³² “Resumé des cahiers sur la réforme judiciaire établie par la Chancellerie” (Archives nationales, B 89, États généraux de 1789, cit. por M. CATTANEO 1992:21-2).

¹³³ La consagración legal la realizó la ley de 16-24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial, que en su artículo 15 (Título V) disponía que “(l)os juicios deben bajo pena de nulidad ser motivados”. Posteriormente la Constitución del año III, estableció en artículo 208 que “(l)as sesiones de los tribunales son públicas; los jueces deliberan en secreto; las sentencias son pronunciadas en voz alta; ellas son motivadas y enuncian los términos de la ley aplicada”.

¹³⁴ La Corte de Casación fue creada a través de la ley de 27 noviembre-1 diciembre de 1790 -poco tiempo después de la ley que se refería a la motivación- como una emanación del poder legislativo, encargado de controlar la actuación de los jueces y anular “todo juicio que contenga una contravención expresa del texto de la ley” (artículo 3º).

relativa al sistema de recursos procesales¹³⁵, es preciso notar la variación en el sentido de esa función que se sigue de la nueva connotación política que adquiere con la ideología revolucionaria el concepto de legalidad.

La legalidad no representa ya la voluntad de un *princeps* contrapuesto e impuesto al *populo*, sino que es manifestación de su propia voluntad general y, por tanto, necesariamente “lengua de los derechos”¹³⁶. Ella no es (o, más precisamente, no debe ser ya) la ley que el poder dirige al súbdito, sino la ley del ciudadano y sus derechos que vale frente al poder. En consecuencia, el control jurisdiccional jerárquico de la decisión judicial no tiene ya una significación puramente *ex parte principis*, como ocurría predominantemente en el caso de las políticas centralizadoras del absolutismo, sino que adquiere una dimensión *ex parte populo*, en cuanto garantía interna o jurídica de la legalidad que él mismo se da para la tutela de sus derechos. Ese nuevo sentido proviene los principios de inspiración constitucionalista, republicana y democrática que emergieron con la Revolución francesa y que imprimieron una marca específica en el significado político-jurídico de la exigencia de motivación, al poner en el centro de la nueva configuración de la función judicial y del proceso la cuestión de la ciudadanía.

§50. *Motivación y control público de la legalidad de las decisiones judiciales.* El impacto que la sustitución del súbdito del Antiguo Régimen por el *citoyen* tuvo en el sentido de la exigencia de motivación ha sido destacado especialmente por TARUFFO, quien sostiene que fue sobre la base ideológica que proporcionaron esos principios políticos de inspiración democrática (y, agregaríamos nosotros, republicana) que “en alternativa a la arbitrariedad del juicio, toma cuerpo la imagen del juez que no sólo debe aplicar la ley creada por el pueblo, sino que debe también someterse al control del pueblo enunciando las razones de la propia decisión” (1974:271). La exigencia de

¹³⁵ Vid. *supra* nota 82.

¹³⁶ Tomo la expresión del libro del mismo nombre de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994). Que la lengua de la ley sea necesariamente lengua de los derecho es algo que la confianza revolucionaria en el nuevo legislador da por supuesto. Esa confianza –que encontraba su reflejo invertido en la desconfianza hacia la magistratura- condujo a eludir el diseño de garantías constitucionales frente al legislador y sentó las bases de la suerte de “absolutismo legislativo” (A. PEÑA, 1997:53-4) que caracterizará el modelo de estado de derecho –el “estado legislativo de derecho” que se impondrá tras la Revolución en Europa continental.

motivación adquiere de este modo, según TARUFFO una nueva dimensión, *extra-procesal*, que modifica radicalmente su significado político-jurídico¹³⁷.

Creo que la tesis de TARUFFO ilumina efectivamente (parte de) el sentido de la introducción de la motivación obligatoria y pública de las decisiones judiciales en la legislación revolucionaria, al situarla en el marco del problema de la institucionalización de la publicidad política. Pues si a través del parlamento representativo la opinión pública pasaba a determinar el contenido de la ley¹³⁸, en el caso de la función judicial la publicidad exigía que ella estuviera vinculada por el contenido de la ley y que su aplicación estuviera expuesta al conocimiento y control de la misma opinión pública. Si en relación al poder legislativo se volvía *ciudadano* quien participaba, a través de la representación, en la determinación del contenido de la ley – a diferencia del *súbdito* a quien simplemente se imponía desde arriba la ley–, parece tener sentido afirmar que en relación al poder judicial la *ciudadanía* suponía la posibilidad de conocimiento y control de la aplicación que aquél hacía de la ley.

Desde esta perspectiva la ideología revolucionaria no hizo sino llevar hasta sus últimas consecuencias las reflexiones ilustradas sobre la publicidad del proceso, extendiendo la publicidad también al ámbito del razonamiento judicial¹³⁹. Puede que

¹³⁷ Cfr. TARUFFO (1975:465ss.) y (1999:775). La manifestación más clara de esta nueva connotación de la exigencia de motivación, que trasciende a su función ligada al sistema de controles jurisdiccionales sobre la decisión judicial (o función *endo-procesal*, *vid. infra* nota 82), es la imposición de la exigencia no sólo a los órganos jurisdiccionales sometidos a control jerárquico sino también a los máximos tribunales. Dando cuenta del profundo impacto de este principio que exige a todo órgano jurisdiccional dar cuenta pública del ejercicio de su poder, SAUVEL (1955:49-51) refiere como tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado (cuyo rol jurisdiccional en lo contencioso-administrativo apenas se distinguía entonces de su rol administrativo) motivaron sus decisiones desde que entraron en funciones, aun antes de que la obligación de motivar les fuera impuesta legalmente. En un fallo de 1818 el segundo de ellos señaló que sus decisiones “tenían las mismas características que un juicio de un tribunal y que la necesidad de motivarlas era de orden público” (1955:50).

¹³⁸ Cfr. J. HABERMAS, (1962:115ss.).

¹³⁹ De hecho, el paso previo a la institucionalización del deber de motivación de las sentencias fue a exigir a los tribunales deliberar y decidir “*d’ haute voix en public*” (cfr. VIGORITI, 1973:1447 y 1465-6). Esta forma extremadamente penetrante de control –que había sido requerida años antes en los *cahiers de doléances*- fue establecida respecto de los juicios civiles por la Constitución de 1793 (artículo 94) y respecto de los juicios penales por la ley de 26 de junio de 1793. Su vigencia sólo se extendió hasta 1795, cuando la Constitución del año III dispuso el secreto de la deliberación y dio rango constitucional a la exigencia de motivación (artículo 208). A partir de entonces la motivación constituyó el único vehículo de control sobre el razonamiento judicial. Ella sólo permite conocer la posición que obtuvo el consenso unánime o mayoritario dentro de un tribunal colegiado, a menos que se admita la expresión de votos disidentes. Aunque la aceptación de la expresión y justificación de los votos particulares habría sido coherente con la

en el mundo ideal que imaginaba el proyecto ilustrado –con códigos completos y universalmente accesibles- la evidencia del juicio jurisdiccional excluyera la necesidad de esa extensión de la publicidad al razonamiento del juez (*supra* §45). Pero en el momento en que la Revolución abordaba la tarea de redefinir normativamente la posición institucional del juez, el derecho no correspondía en absoluto a la imagen sistemática que luego, en las décadas siguientes, intentaría realizar el proyecto codificador¹⁴⁰. En esas condiciones –y en el marco de una intensa desconfianza hacia la magistratura- resultaba por completo razonable considerar la necesidad de extender la exigencia de publicidad al razonamiento judicial¹⁴¹.

voluntad de extender la publicidad al ámbito de la deliberación del tribunal, ella no encontró reconocimiento en la legislación francesa (y, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos de tradición continental, especialmente tras la Segunda Guerra, no lo encuentra todavía; cfr. EZQUIAGA GANUZAS, 1990:66ss.), probablemente porque el modelo silogístico de decisión judicial fundada en la ley esbozaba de nuevo la imagen de una verdad judicial única, necesariamente unánime. El modelo más cercano al de la deliberación pública es el de los tribunales ingleses, en los que cada juez da lectura sucesivamente a su propio voto fundado (*opinion*), sin que exista una decisión unitaria del tribunal como tal (cfr. P. ATIYAH, 1988 y N. MACCORMICK, 1978b.).

¹⁴⁰ Las actas de las sesiones de la Asamblea en las que se discutió el contenido de la ley de 16-24 agosto de 1790 sobre la organización judicial, que impuso por primera vez la exigencia de motivación, dan cuenta –según refiere SAUVEL (1955:45-6)- de la atención prestada a la calidad de los materiales jurídicos en que debería fundarse el juicio judicial. Así ocurrió en la sesión en que se discutía sobre la disposición que debía determinar el contenido de las sentencias. El Comité de Constitución solicitó que se exigiera incluir –además de la identificación de las partes, de las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el proceso y de la parte dispositiva- “el resultado de los hechos reconocidos o constatados y el *texto de la ley* que haya determinado a los jueces” (1955:45, cursivas añadidas). La respuesta que recibió fue que las leyes precisas eran entonces poco numerosas y que resultaría difícil señalar el texto legal aplicado en todo juicio (1955:46). Sobre la base de este argumento se opta por la redacción definitiva del artículo 15 de la ley, que requiere que se exprese en la sentencia “el resultado de los hechos reconocidos o constatados por la instrucción y los *motivos* que hayan determinado al juez”.

¹⁴¹ El curso alternativo de acción posible era el de esperar la realización del proyecto codificador, condicionando la regulación de la exigencia de motivación a la existencia de un derecho finalmente legislado, cierto, unívoco y pleno. Esta fue la solución que se impuso en España con el constitucionalismo moderado de la primera mitad del siglo diecinueve (cfr. GARRIGA y LORENTE, 1997:114ss., especialmente 124-5). Esta opción suponía, sin embargo, privilegiar la función de la motivación como instrumento para la disciplina interna de la administración de justicia y relegar a un segundo plano su función como garantía de derechos y vehículo para el control público de actividad jurisdiccional. En Chile esa alternativa encontró en Andrés BELLO (a cuyas ideas sobre la exigencia de motivación volveremos a referirnos enseguida, *infra* §51) un ferviente opositor, que destacó con las siguientes palabras la compatibilidad del deber de fundar las sentencias con el caos legislativo heredado del Antiguo Régimen: “Siempre será necesario que el magistrado haya tenido algún fundamento (...). No forma él estos juicios por una secreta inspiración. No hay poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y

Unida entonces a la publicidad de las actuaciones procesales, la publicidad de las razones de la decisión permitía someter al conjunto de la actividad jurisdiccional al control de la ciudadanía, encontrando en su fiscalización atenta la respuesta al dilema propio de un estado sujeto al principio de legalidad: *¿quis custodiet ipsos custodes?*²¹⁴². Esta idea de una garantía externa de la legalidad –y de los derechos a cuya realización ella debía, por definición, propender– fue expresamente considerada en la filosofía constitucional revolucionaria, como un complemento a su garantía interna o jurídica¹⁴³. Así, la Constitución del año I hacía referencia, en su artículo 23, a la “garantía social”, que consiste “en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos” y “descansa en la soberanía nacional”. Y luego la Constitución del año III –la misma que dio jerarquía constitucional al principio de obligatoriedad y publicidad de la motivación– se cerraba con la siguiente disposición: “El pueblo francés confía en depósito la presente Constitución a la fidelidad del cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los ciudadanos jóvenes, al coraje de todos los franceses”.

Tanto lo que TARUFFO llama el aspecto *endo-procesal* de la motivación, como lo que llama su aspecto *extra-procesal*, confluyen, por consiguiente, en su función instrumental a la garantía de esos derechos: su garantía interna o jurídica en el primer caso y su garantía externa o social, a través del control del público, en el segundo caso.

§51. *Motivación y faz procesal de la ciudadanía.* En nuestra opinión, cuando TARUFFO reduce el nuevo significado político-jurídico que la exigencia de motivación de las sentencia asume tras la Revolución francesa a la dimensión *extra-procesal* que ella adquiere, en tanto instrumento para el control público del juicio jurisdiccional, deja algunos aspectos de ese cambio en la oscuridad. No da cuenta, por una parte, como ya hemos dicho, del nuevo sentido que adquiere también la dimensión *endo-procesal* de

deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le lleven a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos algún principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean?” (A. BELLO, 1834:113).

¹⁴² Ya hemos visto como BENTHAM hacía referencia expresa a ese dilema y su solución a través del control público (*supra* nota 130).

¹⁴³ Un análisis general del concepto de “garantía social o externa” se puede ver en FERRAJOLI (1989:941ss.).

la institución, al funcionalizarse el sistema de recursos procesales a la garantía de una legalidad que es concebida como legalidad de los derechos frente al poder. Pero lo que interesa agregar ahora es que tampoco considera las implicaciones que el tránsito del súbdito del Antiguo Régimen al ciudadano del nuevo estado liberal puede haber tenido (ya no en la relación entre juez y público, sino) en la relación entre el juez y las partes del proceso.

A nuestro juicio la nueva ciudadanía tiene también una dimensión, por así decir, procesal, que excluye el autoritarismo de una decisión que venga impuesta a las partes sin expresión de razones. Mientras en el momento legislativo el autoritarismo resulta excluido por la participación de los ciudadanos a través de sus representantes y por la apertura del debate parlamentario, nos parece razonable entender que tratar a alguien como ciudadano en el momento de la decisión judicial significa oírlo en un proceso contradictorio y responder luego a sus argumentos, justificando la decisión. Es ante las partes, aún antes que frente al público, que el juez debe dar cuenta de la forma en que ejerce su poder, para que puedan ver en ella no ya la manifestación del arbitrio del monarca, sino la aplicación de las leyes que ellos mismo se han dado.

Esta faz procesal de la ciudadanía establece un estrecho vínculo entre la exigencia de motivación de las decisiones judiciales y el derecho a un debido proceso que, tras las críticas ilustradas al orden procesal del antiguo régimen, fue reivindicado por la Revolución reivindica. Nos parece que el jurista y juez M. RAMAT, escribiendo sobre el significado constitucional de la motivación (1962:705), sintetiza bien este segundo desplazamiento que produce en ese significado el paso del súbdito al ciudadano:

“Una vez abandonado todo residuo de la idea sacra del derecho y de la justicia, el juez debe darse cuenta, y aceptar con la debida humildad, que frente a él no se encuentran ya súbditos o ‘profanos’ (este peligrosísimo término contiene en sí el germen de una concepción de vasallaje) sino ciudadanos : ciudadanos que tienen el derecho de saber en qué consiste la justicia, puesto que es un asunto que les pertenece, y de entender por tanto cómo se administra justicia, y es sobre todo a través de la motivación de la sentencia que, eliminando toda clausura de casta, el juez cumple los deberes correspondientes a esos derechos” (1962:705).

La doble dimensión del nuevo significado que la motivación de las sentencias adquiere tras la Revolución francesa fue lúcidamente apreciada por el jurista latinoamericano Andrés BELLO¹⁴⁴. Su defensa de la imposición del deber de fundar las

¹⁴⁴ BELLO dedicó al tema dos extensos artículos, inicialmente publicados en el periódico *El araucano*, de Santiago de Chile: (1834) y (1836).

sentencias a los jueces de la naciente República chilena tiene el mérito adicional de ilustrar con toda claridad como ese nuevo sentido –y la consiguiente centralidad que ese deber asume en la posición institucional de los órganos jurisdiccionales- está ligado al cambio en el fundamento de la autoridad del juez, que se sigue a su vez del salto en las bases generales de la legitimidad política desde el imperio del monarca al imperio de la ley.

Esta claridad y esa lucidez pueden apreciarse en los dos siguientes fragmentos, el primero relativo a la centralidad de la motivación en la nueva relación entre juez y público y el segundo a su importancia en la relación entre el juez y las partes.

“Los depositarios de caudales públicos están obligados a dar cuenta de su administración; y ¿no lo estarán los funcionarios a quienes se ha confiado la seguridad de las personas y las propiedades? ¿Un hombre podrá ser enviado al cadalso y una familia sumida en la miseria por un imperioso y lacónico *fiat*, sin que se manifieste la disposición soberana que lo autoriza, y de que el magistrado por su naturaleza no es más que el intérprete? Semejante régimen estaría bien colocado a la sombra de la monarquía despótica, donde los tribunales, emanaciones de una voluntad omnipotente, que manda a nombre de la Divinidad, pronuncian oráculos que no es lícito someter a examen. (...) Pero no es ese el genio de las instituciones republicanas. Bajo su imperio, la responsabilidad, la cuenta estricta de todo ejercicio del poder que la asociación ha delegado a sus mandatarios, es un deber indispensable” (BELLO, 1834:112).

“A la verdad, si la sentencia no es otra cosa que la decisión de una contienda sostenida con razones por una y otra parte, esa decisión debe ser también racional, y no puede serlo sin tener fundamentos en qué apoyarse; si los tiene, ellos deben aparecer, así como aparecen los que las partes han aducido en el juicio, que, siendo público, nada debe tener de reservado y con toda diligencia ha de procurar alejarse de cuanto parezca misterioso. (...) Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales” (BELLO, 1836:152).

§52. *La Revolución y la motivación de los hechos.* Hemos visto, a lo largo de los últimos apartados, como en contraste con la atención marginal que la Ilustración jurídica prestó a la motivación de las decisiones judiciales, la ideología revolucionaria la incluyó entre los deberes distintivos de la nueva posición institucional de los órganos jurisdiccionales. A los jueces de la República se les exigía expresar en las sentencias “el resultado de los hechos reconocidos o constatados por la instrucción y los motivos que hayan determinado al juez” –como establecía la ley sobre organización judicial de 1790-, enunciando “los términos de la ley aplicada” –según requirió luego la Constitución del año III. Como sugiere esta fijación del alcance de la exigencia de motivación, lo que preocupó a las Asambleas revolucionarias fue fundamentalmente la motivación jurídica. Respecto de la motivación de la determinación de los hechos la Revolución fue

igual de indiferente que la Ilustración. Su interés se agotaba en la clara enunciación de los hechos que se consideraban probados, sin que llegara a plantearse la posibilidad de reclamar al juez que rindiera cuenta de las razones por las que consideraba acreditado un cierto hecho.

Las razones de esa indiferencia son en parte las que ya hemos reseñado al hacer referencia a las ideas ilustradas sobre la justicia y el proceso. Sobre todo estas últimas debían llevar a suponer que, dado el conjunto de garantías que constituían el nuevo modelo procesal (particularmente en el caso del proceso penal), la determinación del hecho no podía ser sino el correcto resultado de un convencimiento que se ha formado libremente a través del examen de los datos probatorios públicamente ofrecidos y discutidos. Nuevamente entraba en juego, como ha dicho Salvatore SENESE en un artículo que explora precisamente las causas de esa indolencia, “la ideología ilustrada según la cual el resultado de un método racional aplicado con toda libertad e imparcialidad no puede conducir sino a resultados conformes a razón” (1993:330). Si respecto del juicio de derecho pudieron surgir dudas ligadas a la falta de realización de algunos de los supuestos del método (*supra* §50) o bien pudo estimarse que el ciudadano merecía en todo caso una decisión que diera cuenta de la ley que justificaba el ejercicio de poder del juez (*supra* §51), en el caso del juicio fáctico la publicidad procesal permitiría controlar, a las partes y al público, la satisfacción de cada una de las garantías que representaban las exigencias del método.

A la presunta suficiencia de las demás garantías procesales se agregaba, respecto del proceso penal, un ulterior motivo de indiferencia. Se trata de la valoración y recepción de la institución del jurado, a partir del ejemplo del modelo procesal acusatorio anglosajón. No sólo ocurría que en el contexto de ese modelo la motivación de la determinación de los hechos resultaba extraña al veredicto del jurado, de modo no que se contemplaba entre las garantías del proceso. Además sucede que el jurado adquirió un sentido que en esa tradición no tenía, al entrar en contacto con la concepción de la soberanía popular; un nuevo sentido que, como ha mostrado SENESE (1993:333-4), ya no sólo hacía extraña la motivación a esa institución, sino que la hacía inconciliable. Desde esa perspectiva, el jurado implicaba una restitución del poder de juzgar en manos del ciudadano-soberano que se vuelve su propio juez y respecto del cual resultaba entonces absurdo pedir que rindiera cuenta a sí mismo del ejercicio de ese poder.

Como decía con toda claridad a comienzos del siglo diecinueve LAUZÉ DE PERET, tras señalar que la convicción de un jurado, a diferencia de la convicción de un magistrado-juez, es un “acto inmediato de soberanía” :

“Una convicción cualquiera basta en los jurados, porque representan al acusado. Y el hombre que se juzga por sí mismo no debe rendir cuenta a nadie de los motivos que lo deciden a absolverse o condenarse”¹⁴⁵.

La recepción de la institución del jurado favoreció en términos generales la formación de una concepción emocional y puramente potestativa de la libre convicción judicial que, aun tras el retorno en las décadas siguientes de la figura del juez profesional, siguió pareciendo incompatible con la motivación de la determinación de los hechos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ LAUZET DE PERET, *Trattato della garanzia individuale e delle diverse prove riconosciute dalla legge in materia criminale*, en ID., *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, Florencia, 1821 (citado por SENESE, 1993:333).

¹⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI (1989:139-140) y GASCÓN ABELLÁN (1999:194).

5. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y EL FORMALISMO DECIMONÓNICO

5.1. La imagen silogística de la decisión judicial

§53. *Una representación implícitamente compartida.* El deber de fundar las decisiones judiciales no había sido un elemento relevante en la imagen ilustrada de la función judicial (*supra* §45), pero una vez que la Revolución francesa institucionalizó ese deber, su interpretación se apoyó en la teoría de la decisión judicial que había sido elaborada por la ilustración jurídica. Fue esa conjunción, según veremos en este capítulo, la que permitió que la motivación de la sentencia pudiera ser concebida en la cultura jurídica decimonónica como inequívoca garantía de la legalidad, públicamente controlable, de la decisión judicial.

De acuerdo con esa teoría, la decisión judicial constituye la conclusión de una inferencia lógica cuyas premisas son, por una parte, la norma jurídica aplicable y, por otra, la afirmación y calificación de los hechos del caso (como expresaba BECCARIA en el célebre paso de *Los delitos y las penas* que antes fue citado, *supra* §44). Aunque esta imagen es un componente distintivo de la cultura jurídica europea del siglo diecinueve, es importante precisar, antes de emprender su análisis, que ella no asumió la forma de una teoría explícita y articulada de la adjudicación, sino que actuó más bien como una representación soterradamente compartida¹⁴⁷. Para que esa concepción de la aplicación

¹⁴⁷ Cfr. ATIYAH y SUMMERS (1987:250) y WROBLEWSKI (1992:273).

judicial del derecho saliera a la luz como objeto explícito de análisis y reflexión teórica fue necesario esperar la llegada de la reacción crítica que diversos movimientos intelectuales protagonizaron contra ella, así como en general contra los supuestos teóricos del formalismo decimonónico¹⁴⁸ (*infra* capítulo 6). Como veremos, esta ausencia de una formulación explícita, explica, al menos en parte, la dificultad de precisar tanto su función descriptiva o normativa como su referencia al razonamiento decisorio (esto es al proceso psíquico de decisión) o a la motivación¹⁴⁹, y justifica que autores como Jerzy WROBLEWSKI se refieran a ella no como teoría sino como “ideología” –específicamente, como “ideología de la decisión judicial vinculada” (1992:273ss.).

§54. *De la Ilustración jurídica al formalismo decimonónico.* Para intentar precisar el contenido –descriptivo o normativo, relativo al razonamiento decisorio o a la motivación– de la teoría silogística de la decisión judicial es útil, por otra parte, considerar que el sentido de esa concepción fue variando desde sus comienzos ilustrados y a lo largo del siglo diecinueve.

En el contexto del pensamiento ilustrado es posible sostener que la teoría del silogismo judicial tenía el sentido inicial de una *teoría normativa* de la aplicación judicial del derecho referida al *razonamiento decisorio*, es decir, una teoría que pretendía prescribir aquello que el juez debía hacer y específicamente el método al que debía sujetarse en el proceso de decisión¹⁵⁰. No podía tener el sentido de ser una teoría descriptiva (salvo en cuanto suponía admitir como *posible* un razonamiento decisorio puramente deductivo), porque formaba parte de un proyecto político de transformación de la posición institucional del juez, de los materiales jurídicos y por consiguiente también del método de decisión judicial.

¹⁴⁸ La expresión “formalismo” está lejos de ser unívoca. Fuera del sentido en que se utiliza en este trabajo –para designar un conjunto de tesis relacionadas acerca del ordenamiento jurídico, la interpretación y la decisión judicial– hay otros sentidos, siempre conectados con alguna clase de énfasis en lo formal por sobre lo sustantivo, pero más o menos diversos y alejados entre sí que suelen atribuírsele (a algunos de los cuales se encuentra unida además una connotación de aprecio, mientras a otros una de desprecio). Un excelente análisis de esta pluralidad de acepciones realiza TARELLO (1974) y, más recientemente, CHIASSONI (1995:146ss.). Lo que aquí llamamos formalismo o positivismo formalista suele ser denominado también, siguiendo a BOBBIO (1961:141ss. y 237ss.), positivismo teórico o positivismo como teoría del derecho (para distinguirlo del positivismo metodológico y del positivismo ético).

¹⁴⁹ Cfr. WROBLEWSKI (1992:273) y TARUFFO (1975:12).

¹⁵⁰ En el mismo sentido cfr. CHIASSONI (1997:77 y 1999c:154-5).

Una vez que la indiferencia de la Ilustración por la motivación fue sucedida por su institucionalización como deber judicial y condición de validez de la sentencia en la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeo-continentales, el sentido de la teoría silogística se extendió también a la motivación ofrecida públicamente por el juez, que fue a partir de entonces concebida como la expresión de su razonamiento decisorio¹⁵¹. Esta conexión conceptual entre razonamiento decisorio y fundamentación, que a partir de entonces se vuelve distintiva de la teoría silogística de la decisión judicial, es sugerida por la propia etimología de la palabra motivación, que remite a los *motivos*¹⁵², esto es, a las razones causalmente determinantes de la decisión del juez. La exigencia de motivación venía entonces a añadir al deber del juez de decidir a través de un método silogístico, el deber del juez de reproducir fielmente ese razonamiento en la sentencia. La inferencia deductiva se constituía a la vez en método debido de decisión y en modelo exigido de motivación.

El paso siguiente en la evolución del contenido de teoría silogística de la decisión judicial ocurre una vez que el que el proyecto político-jurídico liberal se estabiliza en las sociedades europeas y americanas. Esa concepción de la aplicación judicial del derecho parece haber ido asumiendo entonces, en esas culturas jurídicas, un sentido progresivamente *descriptivo* en lugar de normativo, de modo que el silogismo judicial tendió a ser entendido como la descripción de la forma de razonamiento a través de la cual los jueces efectivamente llegaban a sus decisiones y que luego reproducían en la motivación de sus sentencias¹⁵³. (Al menos esta fue, según veremos en el próximo capítulo, la lectura de la teoría del silogismo judicial que hicieron sus críticos de fines del siglo diecinueve y de comienzos del siguiente.)

En síntesis, entonces, una vez establecida la exigencia jurídica de motivación la teoría del silogismo judicial, tanto mientras fue concebida como una teoría normativa como cuando pasó a ser entendida como una teoría descriptiva de la decisión judicial, fue referida en todo caso tanto al razonamiento decisorio del juez como a la

¹⁵¹ Este concepto –al que luego nos referiremos como *psicologista*– de la motivación de las decisiones judiciales no sólo fue ampliamente utilizado por la dogmática procesal del siglo diecinueve, sino que sigue, según veremos, teniendo adeptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia europea actual (*infra* §78).

¹⁵² Esa ambigüedad de la palabra motivación es notada también por Ch. PERELMAN (1978:415), M. ATIENZA (1993:31) y A. GARCÍA FIGUEROA (1999:59).

¹⁵³ Cfr. por ejemplo la caracterización de esa teoría ofrecida por P. LABAND (1911:178): “La decisión jurídica consiste en la subsunción de un caso dado bajo el derecho vigente, como cualquier otra conclusión lógica ella es independiente de la voluntad; no hay libertad para resolver si la consecuencia debiera o no tener lugar; ella se produce –por así decirlo– por sí misma, por intrínseca necesidad”.

fundamentación de la sentencia. Esta doble referencia ha sido retratada con claridad por Eugenio BULYGIN (1963:349), en la siguiente caracterización de las tesis básicas que integrarían esa teoría:

- “(1) La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos;
- (2) las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso;
- (3) la actividad del juez (una vez determinados los hechos) es puramente mecánica: consiste en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas;
- (4) la sentencia está determinada por las normas;
- (5) en cada caso hay una y sólo una solución correcta: es la conclusión del razonamiento contenido en los considerandos” (1963:349).

5.2. Los presupuestos del silogismo judicial

§55. *La determinación del derecho.* La teoría silogística de la decisión judicial –sea que pretenda prescribir o describir el razonamiento decisorio y la motivación– tiene como presupuesto que el juez pueda contar siempre con una (y sólo una) premisa mayor proporcionada por el derecho de la que deducir mecánicamente la conclusión a todo caso jurídicamente relevante. La eficacia prescriptiva o la adecuación descriptiva de ese modelo teórico está sujeta, por consiguiente, a un conjunto de condiciones de posibilidad que refieren a la determinación del derecho que el juez debe aplicar: por una parte, es necesario que el juez pueda identificar el conjunto de normas que son normas de derecho a través de un juicio puramente empírico (que comprenda el reconocimiento de su validez y la determinación de su significado) y, por otra parte, es necesario que haya una frontera nítida entre lo regulado por el derecho y lo jurídicamente irrelevante¹⁵⁴.

En relación a la asunción de estos presupuestos también es posible observar una variación entre la forma que la teoría silogística asumió inicialmente, en el contexto del pensamiento jurídico ilustrado, y la que adquirió avanzando el siglo XIX, en el contexto de una concepción positivista formalista del derecho y la interpretación. Un trayecto en el que se tendió a pasar de una lúcida preocupación por el aseguramiento de las

¹⁵⁴ Cfr. WROBLEWSKI (1992:278-9). Además de estos presupuestos relativos a la determinación del derecho, la teoría silogística de la aplicación judicial del derecho presupone también una epistemología y una concepción de la prueba que sostengan la objetividad y certeza del juicio sobre los hechos del caso.

condiciones de posibilidad de un razonamiento judicial puramente deductivo, a su afirmación dogmática.

§56. *De la Ilustración jurídica al formalismo decimonónico.* La teoría ilustrada de la decisión judicial se insertaba en un proyecto de transformación jurídica y política que tuvo como una de sus vertientes fundamentales el programa codificador. La codificación aspiraba a sustituir el incierto caos de materiales jurídicos propio del derecho común por un conjunto de cuerpos legales claros y sistemáticos. La constitución de la forma de ley como el signo que permitiera identificar (directa o indirectamente) con facilidad toda fuente de derecho, así como la formulación clara y precisa de los textos legales fue, por consiguiente, una preocupación y un proyecto ligado a la concepción ilustrada de la adjudicación. Y lo mismo ocurría con el otro aspecto vinculado a la posibilidad de la aprehensión como un puro dato preconstituido de la norma jurídica que debía servir de premisa mayor, la interpretación de las disposiciones legales. Pues la Ilustración jurídica aspiraba a eliminar toda posibilidad de interpretación (cuyo carácter inevitablemente creativo o valorativo por consiguiente reconocía) una vez conseguidas las virtudes técnicas de claridad y precisión en la ley, que harían transparente su significado al juez y al público. A pesar de esta última aspiración, los juristas ilustrados enfrentaron activamente también la necesidad de prever la posibilidad de dudas en torno al carácter regulado o jurídicamente irrelevante de una situación e incluso la posibilidad de lagunas en la ley (en el ámbito del derecho civil), especialmente bajo la forma de la defensa de instituciones como el *référé législatif*.

A medida que avanzaba el siglo XIX este cuidado por las condiciones que hacían posible un juicio judicial puramente cognoscitivo fue progresivamente desplazado por una ciega confianza en su satisfacción. De la defensa del ideal de un derecho codificado claro y coherente se pasaba entonces al mito del legislador racional; de la negación al juez de facultades de interpretación a una concepción de la interpretación que, estructurada en torno a esa imagen mítica, ofrecía al juez una serie de métodos para “descubrir” la voluntad del legislador; de la inquietud frente a la posibilidad de lagunas se transitaba hacia el dogma de la plenitud, apoyado en la confianza en la infinita capacidad de expansión –siempre, por cierto, a través de operaciones intelectuales ‘puramente lógicas’– de los principios o los conceptos jurídicos¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Una descripción más detallada de estos desplazamientos puede verse en M. CATTANEO (1966:150ss.) y en L. PRIETO SANCHÍS (1987:27ss.). Es interesante notar que un movimiento semejante

Será contra esta imagen simplista de la determinación del derecho y de la consiguiente determinación de la decisión judicial sostenida por el formalismo decimonónico que alzarán sus voces las diversas corrientes antiformalistas, abriendo una fecunda discusión sobre la teoría de la decisión judicial, cuyo impacto en la concepción del deber de motivar examinaremos en el próximo capítulo.

5.3. El modelo deductivo de motivación y su significación jurídico-política.

§57. *La configuración de un modelo deductivo de motivación.* La interpretación del sentido y el alcance de la exigencia de motivación a la luz de teoría ilustrada de la decisión judicial llevó, como decíamos (*supra* §54), a entenderla como el recuento de las operaciones lógicas a través de las cuales el juez debía llegar a la decisión. De ese modo tomó forma un concepto de motivación que enfatizaba la conexión entre el razonamiento decisorio y la fundamentación, así como un modelo de motivación construido en torno a la deducción de la conclusión a partir de una norma legal general.

La configuración de ese modelo deductivo de motivación de las sentencias respondió por una parte al contenido de las disposiciones que imponían y regulaban la exigencia de fundamentación, que por regla general se limitaban a exigir la enunciación de la norma legal aplicada y de los hechos probados. De ellas se seguía que la cadena argumentativa expresada en la motivación debía tener siempre como punto de partida una disposición legal. A este elemento se unió, por otra parte, la generalización de un *estilo de motivación* que tendía a mostrar a la decisión como la conclusión que se sigue necesaria y unívocamente de la norma jurídica invocada. Aunque existieron diferencias en el estilo de motivación de las sentencias entre los diversos sistemas jurídicos de tradición continental (por ejemplo, en relación a la extensión y a la mayor o menor presencia de referencias doctrinales o jurisprudenciales), durante el siglo diecinueve –y en algunos casos, según veremos (*infra* §97), hasta hoy– parece haber sido omnipresente la tendencia a presentar la decisión como el producto lógicamente necesario de una cadena de argumentaciones estructuradas a partir de alguna

puede advertirse en relación al problema del conocimiento judicial de los hechos, donde se transita del reconocimiento ilustrado de la naturaleza probabilística de las pruebas a la tosca confianza decimonónica en la obtención de una certeza absoluta a partir de las evidencias del proceso: al respecto véase L. FERRAJOLI (1989:136ss.) y M. GASCÓN ABELLÁN (1999:27ss.).

disposición legal¹⁵⁶. Ese estilo borraba cualquier huella de las controversias interpretativas que hubieran podido tener lugar en el proceso, para certificar en cambio que no había sino una norma válida, una única interpretación correcta, de la que se seguía inevitablemente la única solución posible al caso particular.

§58. *La demostración de la legalidad de la decisión.* Esa concepción de la motivación de las sentencias como un recuento de la operación mental que ha llevado al juez, de modo lineal e inevitable a la única solución jurídica correcta, hacía de esa institución un vehículo especialmente apto para el reconocimiento público de la legalidad de las decisiones judiciales.

En primer lugar, la motivación puede, en virtud de la conexión que se supone entre ella y el razonamiento decisorio del juez, la motivación puede garantizar, o mejor dicho *exhibir*, la legalidad de la decisión judicial tanto desde el punto de vista justificativo como desde el punto de vista causal. Así, la motivación de estilo deductivo demuestra que la decisión es jurídicamente correcta, pues se deriva de una regla jurídica general y a la vez da cuenta de que el único factor determinante en la decisión ha sido el derecho, que el juez se ha limitado a aplicar al caso.

Esa *exhibición* de la legalidad de la decisión a través de la motivación de estilo deductivo realizaba, en segundo lugar, las exigencias de comunicabilidad propias de la publicidad. Pues al asumir la forma de una demostración, la motivación de estilo deductivo lograba comunicar de modo universalmente válido la legalidad de la decisión. A través de la motivación de la sentencia cualquier persona podría reproducir el razonamiento que había llevado al juez a la decisión y llegar a su misma, inevitable, conclusión.

El supuesto fundamental para que la motivación pudiera cumplir esa función demostrativa de la legalidad de la decisión judicial era la existencia para todo caso jurídico de una y sólo una norma jurídica general en la que aquél pudiera ser subsumido. Ya hemos visto como, a medida que el siglo diecinueve avanzaba, ese supuesto pasó crecientemente a ser asumido, a través de una serie de estrategias discursivas, como un dato de hecho. Un dato que la linealidad del estilo deductivo de motivación por una parte suponía y por otra, al no dejar espacio para la representación de posibles dudas ni elecciones interpretativas, se encargaba de confirmar. Como

¹⁵⁶ Sobre el estilo de motivación en la tradición continental cfr. J.P. DAWSON (1962:375ss. sobre Francia y 433ss. sobre Alemania), G. GORLA (1985), L. PRIETO SANCHÍS (1987:88,126), M. TARUFFO (1988), así como en general el volumen colectivo en que se encuentra este último artículo, y M. LASSER (1995:1340ss.).

veremos en el próximo capítulo, contra este supuesto y por consiguiente contra la aptitud demostrativa del modelo deductivo de motivación se dirigirá el escepticismo de los movimientos antiformalistas.

5.4. El formalismo en la tradición jurídica anglo-americana

§59. *La formación de un formalismo “jurisprudencial”*. Antes de cerrar este capítulo puede ser útil recordar –para comprender luego la amplia difusión de la reacción antiformalista– que aunque al hablar de formalismo se suele pensar en la cultura jurídica europea continental, donde la exégesis francesa y la pandectística alemana, deslumbradas con la perfección de los códigos o el infinito rendimiento de los conceptos jurídicos, parecían dar efectivamente por supuesta la autosuficiencia del derecho y el dominio absoluto del razonamiento jurídico *more geometrico*, es cierto también que el positivismo formalista se asentó en el contexto de la tradición jurídica del *common law*, aunque con ritmos y matices diversos en Inglaterra y en los Estados Unidos.

En Inglaterra se extendió a lo largo del siglo XIX una imagen positivista y “legislativa” del derecho, que condujo a una redefinición del precedente como forma de legislación delegada (y a una progresiva rigidización de la doctrina de *stare decisis*), al arduo trabajo de los juristas en torno a la esquivada noción de *ratio decidendi* (aquella regla de derecho unívoca que podría descubrirse en cada precedente obligatorio) y a la generalización de un estilo de razonamiento judicial que exigía asumir siempre como punto de partida alguna regla del sistema, legislativa o jurisprudencial¹⁵⁷.

En los Estados Unidos sólo en el último tercio del siglo XIX adquirió fuerza esa mirada formalista y entonces también allí el estilo de fundamentación de las decisiones judiciales tendió a volverse crecientemente deductivo (a través de la invocación de alguna disposición de *statute law*, o de la *ratio decidendi* de sentencias anteriores o de principios formulados a partir de un conjunto de precedentes) y reticente frente a consideraciones sustantivas¹⁵⁸. Paralelamente la enseñanza legal se vio fuertemente

¹⁵⁷ Cfr. MACCORMICK (1978:60) y ATIYAH y SUMMERS (1987:240ss.). Cabe precisar, con todo, que la *jurisprudence* inglesa reconoció tempranamente los espacios de discreción en que los órganos jurisdiccionales resolvían legislando: algunas referencias a las opiniones que sostuvieron sobre el punto AUSTIN y BENTHAM pueden verse en HART (1970:273-274).

¹⁵⁸ Como veremos más adelante (*infra* §70) Karl LLEWELLYN, un influyente realista, llamó al período de predominio de la imagen formalista del derecho –en su opinión “los días menos felices de

influida por las doctrinas de un grupo de profesores, encabezados por el decano de Harvard, C. LANGDELL, que se propusieron consolidar la dignidad académica de los estudios jurídicos, haciendo del derecho una ‘verdadera ciencia’, representada a través de un sistema lógicamente consistente de axiomas o principios extraídos de casos paradigmáticos que podían luego aplicarse deductivamente a nuevas situaciones¹⁵⁹. Ese mismo afán sistemático se plasmó luego, a partir de 1923, en los tratados (*Restatements*) sobre diversas áreas del derecho jurisprudencial preparados por el *American Law Institute*, que asumían la forma de compilaciones de reglas jurídicas y que actuaron en cierto modo como un equivalente funcional de los códigos continentales¹⁶⁰.

§60. *La proximidad entre el formalismo anglo-americano y el europeo continental.* Aunque una comparación exhaustiva del formalismo continental y del formalismo “jurisprudencial” angloamericano (la expresión es de J.A. PÉREZ LLEDÓ, 1996:112) arrojaría probablemente diferencias de intensidad y de grado, una muestra de la similitud de fondo entre ambas culturas jurídicas podemos encontrarla en la coincidencia de la siguiente enumeración de las “creencias básicas” que según P. ATIYAH y R. SUMMERS (1987:250) permiten caracterizar al formalismo norteamericano, con la imagen formalista del derecho que antes delineáramos. Estas son las ocho creencias básicas:

(1) Que un sistema jurídico es algo esencialmente completo y comprensivo, y que contiene respuestas preexistentes para virtualmente todas las cuestiones que se susciten.

(2) Que la doctrina de la separación de poderes es un atributo inherente y necesario de un sistema jurídico, y que una consecuencia de esa doctrina es que sólo los legisladores y no los tribunales pueden crear derecho.

(3) Que cuando el legislador crea nuevo derecho, debe dar un peso considerable si no absoluto al modo en que las nuevas formas de derecho propuestas armonizan con el derecho existente.

nuestro sistema jurídico” (1930a:158)– la época del *Formal Style* (y cuyo opuesto, que le antecede y debía seguirle, es el *Grand Style*).

¹⁵⁹ En relación a las reformas introducidas por LANGDELL y sus seguidores en la enseñanza legal norteamericana y al sentido formalista del *case method* por ellos instaurado cfr. J. A. PÉREZ LLEDÓ (1996:108ss.).

¹⁶⁰ Cfr. HERGET y WALLACE (1987:429-30).

(4) Que 'el verdadero derecho' consiste en las reglas de derecho de los libros, con independencia del carácter y el alcance de las divergencias entre el derecho en los libros y el derecho en acción.

(5) Que la elevada generalidad y abstracción son virtudes del derecho y son por tanto preferibles a las formulaciones concretas en términos de supuestos de hecho particulares.

(6) Que el recurso a la lógica interna de los conceptos jurídicos que aparecen en las reglas es la herramienta primordial del razonamiento jurídico ('conceptualismo').

(7) Que las decisiones judiciales deben justificarse mediante la subsunción de su resultado bajo conceptos generales contenidos en las reglas jurídicas relevantes.

(8) Que la certeza y la predictibilidad son los máximos ideales jurídicos.

6. LA REVUELTA ANTIFORMALISTA Y EL ESCEPTICISMO FRENTE A LA MOTIVACIÓN

6.1. El fin de las tranquilizadoras imágenes del formalismo decimonónico

§61. *La sospecha frente a la motivación de las sentencias.* Mientras se mantuvo firme en la cultura jurídica occidental la alianza entre el positivismo formalista y la teoría silogística de la decisión judicial, la motivación de las sentencias tuvo asegurada sus credenciales como garantía de la legalidad de la decisión judicial. El poder del juez podía de ese modo exhibir una legitimidad sin fisuras, obtenida, como ya hemos apuntado antes, desde la legalidad (lo cual satisfacía al positivismo formalista), mediante el método silogístico que deduce conclusiones particulares y concretas (sentencias) de premisas generales y abstractas (la ley). Pero la puesta en duda de las tranquilizadoras imágenes del formalismo decimonónico abrió un elenco considerable de preguntas acerca de la misma motivación y, sobre todo, acerca de su viabilidad como garantía de legitimidad de la decisión judicial.

En efecto, a partir de los últimos años del siglo XIX en la Europa continental y algo más tarde en los Estados Unidos, varias corrientes de pensamiento jurídico emprendieron la que se ha dado en llamar “la revuelta antiformalista”¹⁶¹, una poderosa

¹⁶¹ Para una aproximación general al antiformalismo cfr. B. WHITE (1949) y L. LOMBARDI (1967). Pueden consultarse también las siguientes antologías de textos de autores antiformalistas: *The science of legal method* (AAVV,1917) y *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico* (A. TANZI [ed.], 1999),

reacción contra el positivismo formalista. La *libre recherche scientifique* impulsada por F. GÈNY en Francia, la jurisprudencia de intereses y el movimiento del derecho libre en Alemania, el realismo escandinavo y, no en último lugar, el realismo americano, coincidieron al sostener que era falsa la imagen transmitida por el formalismo de unos ordenamientos jurídicos unitarios, completos, autosuficientes, plenos, coherentes e íntegros. En medio de este ataque al dogma de la plenitud, a la regla de la coherencia y a la misma noción de validez jurídica, hay que situar —como no podía ser de otra manera— la puesta en duda de la misma institución de la motivación judicial, de su modelo deductivo y de su función como proveedora de legitimidad.

§62. *Los protagonistas que consideraremos.* En las secciones que siguen se considerarán los argumentos críticos que esos movimientos dirigieron contra la teoría del derecho y la teoría de la decisión judicial del positivismo formalista. Examinaremos después la parte constructiva de esa crítica y, es especial, la nueva mirada que permite sobre el deber de fundamentar las decisiones judiciales y el estilo usual de motivación.

Ante la variedad de las posiciones antiformalistas hemos optado por centrar la exposición en las teorías realistas, considerando en primer lugar las tesis del realismo norteamericano y luego las del realismo moderado de Alf ROSS. Esta elección se debe, en el caso del realismo norteamericano, a la coincidencia de buena parte de sus argumentos críticos (su *pars destruens*) con los de las corrientes antiformalistas europeas y además a la relativa unidad de sus planteamientos constructivos, frente a la variedad y equivocidad de la *pars construens* del antiformalismo europeo. Sin atrevernos sin embargo a arriesgar una caracterización minuciosa, hemos preferido concentrarnos en el discurso del realismo norteamericano, limitándonos a indicar los argumentos que también fueron sostenidos por los antiformalistas europeos, así como los aspectos en que éstos en general asumieron una perspectiva diferente a la del realismo¹⁶².

para el antiformalismo europeo, y sobre el realismo norteamericano *American legal realism* (W. FISHER, M.J. HORWITZ y T.A. REED [eds.], 1993).

¹⁶² Las coincidencias entre los argumentos críticos del antiformalismo europeo y del realismo americano no son casuales ni pueden atribuirse sólo al clima cultural: diversos textos de juristas antiformalistas europeos ejercieron influencia directa sobre los autores realistas —especialmente a través de la antología citada en la nota anterior y publicada en los Estados Unidos en 1917— y también indirectamente a través de las lecturas realizadas por algunos de sus precursores como POUND, CARDOZO o GRAY (cfr. al respecto J. HERGET y S. WALLACE, 1987). En cuanto a las diferencias entre realismo norteamericano y corrientes antiformalistas europeas, ellas refieren en último término a la clase de teoría de la adjudicación que proponen y al proyecto de ciencia jurídica que desarrollan. En ambos proyectos hay una pretensión de

En cuanto a la decisión de considerar también las tesis de ROSS, son varias las razones que la justifican. Por una parte, aunque su discurso no se sitúa en el fragor de revuelta antiformalista, comparte una perspectiva crítica frente a la teoría del silogismo judicial, con algunas diferencias interesantes respecto de la posición del realismo norteamericano (por ejemplo en la valoración que hace del estilo formalista o silogístico de motivación). Por otra parte, a diferencia de los realistas norteamericanos, concentrados sobre todo en proponer una teoría empírica de la adjudicación (como veremos, *infra* §64, en cuestiones conceptuales, como las relativas a la identificación del derecho y su posible indeterminación, ellos asumieron tácitamente la tesis positivista de las fuentes), el interés de ROSS se dirigió primariamente al desarrollo de una teoría del derecho coherente con los principios de la filosofía empirista (bajo el prisma del neopositivismo analítico), que enfrentara de acuerdo a esas exigencias metodológicas la cuestión de la identificación del derecho. Nos interesará observar como esa teoría, de gran relevancia en el diálogo iusfilosófico de la segunda mitad del siglo veinte, presupone la existencia de decisiones judiciales motivadas y le asigna un lugar metodológicamente central.

En el último epígrafe del capítulo consideraremos también algunos aspectos de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Como veremos, su aproximación a la aplicación judicial del derecho tiene muchos puntos de coincidencia con los planteamientos del antiformalismo. Sin embargo, su esfuerzo por mantener al menos un pie puesto en el normativismo, le lleva a insistir en una pregunta que en cambio para los realistas carece del todo de sentido: la pregunta por el fundamento de la validez de la norma particular expresada en la parte dispositiva de la sentencia. Aunque la motivación de las sentencias no es un tema que esté explícitamente presente en sus reflexiones, veremos como su discreta recuperación de la figura del silogismo judicial para dar respuesta a la

aproximar la ciencia jurídica a las ciencias empíricas, especialmente a la sociología, pero la perspectiva en que se sitúan es diversa: mientras los antiformalistas europeos asumieron el punto de vista del juez y de la decisión *debida*, los realistas norteamericanos asumieron predominantemente el punto de vista del abogado preocupado de prever el resultado efectivo de las decisiones judiciales (salvo en su acotado programa de propuestas constructivas). Las corrientes antiformalistas europeas continuaban ligadas, por consiguiente, a una visión normativa de la ciencia del derecho como una disciplina cuyo objeto es el derecho que el juez debe aplicar, aunque ese derecho ya no comprenda sólo las normas formalmente válidas sino también el “derecho vivo” o “derecho libre” que puede ser descubierto con el auxilio de las herramientas de la sociología (cfr. L. LOMBARDI, 1967:257,265). El realismo americano desarrolló en cambio un proyecto de ciencia jurídica empírica que tuviera como objeto la práctica judicial efectiva y como fin el descubrimiento a través de su observación de regularidades que permitieran enunciar previsiones ciertas acerca de sus decisiones futuras (cfr. G. TARELLO, 1962:73, B. LEITER,1996:262-3, y L. HIERRO, 1996:80).

pregunta por el fundamento de la validez, indica una perspectiva de reconstrucción del sentido de esa institución, diversa de la exigencia de transparencia que, según veremos, fue propia del realismo norteamericano. Sobre ambas perspectivas discutiremos luego, en la segunda parte de este estudio.

6.2. La teoría de la decisión judicial del realismo norteamericano y su perspectiva frente a la motivación.

§63. *El proyecto realista.* El gran proyecto que unió al grupo de juristas norteamericanos que en torno a los años 20 y 30 dio vida al movimiento realista fue precisamente el de desarrollar una aproximación *realista* al modo en que los jueces deciden los casos judiciales. El punto de partida para ese proyecto fue un compartido escepticismo frente a la utilidad que la ciencia jurídica tradicional, concentrada en la exposición de las reglas y los conceptos jurídicos, podía tener desde el punto de vista de un abogado o de un ciudadano interesado en saber como decidirán probablemente los tribunales una eventual controversia. Ese escepticismo se apoyaba a su vez en la desconfianza frente a la capacidad de las reglas jurídicas para determinar la decisión del juez, que se fundaba en el reconocimiento de la posibilidad de justificar a partir de ellas más de un resultado. Ese argumento relativo a la indeterminación normativa o racional del derecho permitía afirmar su indeterminación causal, es decir, la insuficiencia del derecho para producir causalmente una cierta decisión judicial y la necesaria intervención en el proceso de decisión de otros *inputs* o factores causales, con lo que la teoría silogística de la decisión judicial resultaba desmentida¹⁶³.

Según los realistas, la investigación empírica del comportamiento judicial confirmaba esa tesis, porque mostraba como el elemento determinante de la decisión era la reacción inicial del juez ante los hechos del caso, siendo la consideración de las reglas jurídicas un elemento sólo secundario. Lo que restaba por investigar entonces era qué factores determinaban esa respuesta inicial frente a los hechos del caso, para

¹⁶³ Sobre los conceptos de “(in)determinación racional” e “(in)determinación causal” cfr. B. LEITER (1996:265). En una célebre enumeración de los “puntos de partida comunes” al movimiento realista, K. LLEWELLYN, un destacado representante de ese movimiento, menciona dos que aluden a las desconfianzas antes mencionadas: “la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales, en la medida en que pretenden *describir* lo que los tribunales o las personas hacen realmente” y la “desconfianza hacia la teoría según la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas son *el* factor operativo preponderante en la producción de las decisiones judiciales” (1931:1236-8).

después intentar formular “leyes acerca del comportamiento judicial” (la expresión es de U. Moore y T. Hope, 1929:704) que permitieran ahora sí predecir con un alto grado de certeza las decisiones judiciales futuras.

Es aquí (no en los puntos de partida, sino en el punto de llegada) donde las aguas del movimiento realista se dividen en la vertiente de los ‘escépticos ante las reglas’ y la de los ‘escépticos ante los hechos’ (según la denominación propuesta por el más influyente de estos últimos J. FRANK: 1949:73 y 1964:x ss.). Mientras los primeros, en palabras de FRANK “creen que pueden descubrir tras las ‘reglas sobre el papel’ algunas ‘reglas reales’ descriptivas de uniformidades o regularidades en el comportamiento judicial efectivo, y que esas ‘reglas reales’ servirán como instrumentos de predicción más fiables, proporcionando una gran dosis de predecibilidad operativa sobre el resultado de pleitos futuros” (1964:x), los segundos van más lejos en su escepticismo y desconfían tanto de la posibilidad de predecir la forma en que serán determinados los hechos por los tribunales de primera instancia como de la posibilidad de analizar y descubrir regularidades en la personal reacción de un juez antes los hechos del litigio. Esta breve caracterización del proyecto realista ayuda a comprender el lugar sistemático que en él ocupa la tesis de la indeterminación del derecho, que en seguida analizaremos con mayor detenimiento: el lugar de un argumento para atacar la validez descriptiva de la teoría silogística de la adjudicación, dirigido a mostrar la falsedad de sus presupuestos referidos a la naturaleza del derecho, particularmente los relativos a la plenitud del sistema jurídico y la naturaleza cognoscitiva y objetiva de la interpretación.

§64. *La tesis de la indeterminación del derecho.* Los realistas recurrieron precisamente al concepto “tradicional” de derecho y fundamentalmente a la teoría positivista de los criterios de identificación del derecho para poder sostener la tesis según la cual las premisas autorizadas disponibles –es decir, las premisas legitimadas e impecables bajo las técnicas jurídicas tradicionales– “en cualquier caso lo suficientemente dudoso para hacer plausible la litigación, son al menos dos, y recíprocamente contradictorias al ser aplicadas al caso” (K. LLEWELLYN, 1931:1239). Como ha destacado B. LEITER (1996:262-3 y 268-9) los realistas norteamericanos no elaboraron una teoría conceptual del derecho y en cuestiones conceptuales, como la indeterminación del derecho, actuaron como “positivistas tácitos”, pues al concentrar

sus argumentos en la interpretación de las leyes y los precedentes parecían suponer que en ellos se agotaban las fuentes del derecho¹⁶⁴.

Las razones de la indeterminación del derecho tenían que ver, según los realistas norteamericanos, fundamentalmente con la existencia de una pluralidad de criterios aceptados de interpretación de las fuentes que permitían extraer de ellas reglas diferentes y a menudo contradictorias que sirvieran como premisa a la decisión judicial de un cierto caso.

Repasemos brevemente como desarrollaron los realistas este argumento, primero en relación a los precedentes y luego al derecho legislado.

§65. *La indeterminación del common law.* En relación al *common law* los realistas americanos sostuvieron que éste ofrecía alternativas al intérprete tanto en la elección del o los precedentes aplicables como en la fijación de su *ratio decidendi*.¹⁶⁵ La indeterminación en la elección del precedente se atribuía a la necesidad de una previa calificación de los hechos del caso en cuestión en la que el juez podía optar, dada la “flexibilidad” de los hechos, por relatos diversos y más o menos generales que pudieran ser referidos a diversos precedentes. A su vez en la extracción de la *ratio decidendi* la falta de formas verbales fijas facilitaba, según los realistas, la obtención a partir de una decisión anterior no sólo de una sino de varias reglas más o menos amplias, que cubrieran respectivamente un espectro diferente de supuestos de hecho. A estos factores de indeterminación se agregaba además la vasta gama de técnicas legítimas y a menudo contradictorias entre sí de que disponen los intérpretes –¡LLEWELLYN (1960:77) llegó a contar sesenta y cuatro!– para “maniobrar” con los precedentes y que abren al juez diversas posibilidades, desde seguir el precedente, a apartarse de él en atención a las peculiaridades del caso [*distinguishing*] o, en ciertos casos, a revocarlo

¹⁶⁴ La interpretación del realismo jurídico norteamericano como una teoría conceptual –una teoría predictiva según la cual son jurídicas las normas que constituyan una adecuada predicción de lo que harán los tribunales–, a partir de ciertos textos de los propios autores realistas y también de algunos de sus precursores (y especialmente de la famosa frase de HOLMES según la cual el derecho consiste en “las profecías sobre lo que los tribunales efectivamente harán” [1897:461]), está presente, según este autor (y también según G. TARELLO, 1962:73), en diversas críticas no del todo merecidas al realismo. Críticas innmerecidas porque desde un punto de vista metodológico los realistas no pretendían desarrollar un análisis conceptual del derecho, sino una teoría empírica de la decisión judicial, de modo que el defecto que sí podría atribuírsele merecidamente es el de no haber desarrollado una teoría explícita acerca de los criterios de reconocimiento del derecho.

¹⁶⁵ Cfr. LLEWELLYN (1930a: caps. I-II) y TWINING (1983:232ss.), que han servido como base a las consideraciones que siguen.

[*overruling*]. Fue a partir de la consideración de esta multiplicidad de técnicas que el mismo autor afirmó que en realidad no había una sola doctrina del *stare decisis* sino dos: una que permitía liberarse de los precedentes indeseables y otra que permitía aprovechar al máximo los precedentes útiles (1930a:73ss.).

§66. *La indeterminación del derecho legislado.* También la interpretación del *statute law* fue tomada en cuenta por los realistas americanos en la discusión acerca de la indeterminación del derecho. En un artículo dedicado al tema, M. RADIN (1930) comienza por constatar la inevitable vaguedad de las palabras que designan clases de situaciones o eventos –el tipo de palabras que suelen ser utilizadas en las disposiciones legales para definir los supuestos de hecho regulados–, debida al carácter necesariamente único de cualquier acontecimiento. La interpretación de una disposición legal, dirigida a establecer si la situación del caso actualmente conocido por el juez puede ser considerada como una especificación de la variable [*determinable*] más amplia descrita por la ley, constituye entonces una elección relativamente amplia entre un mínimo y un máximo de extensión de esa variable. Una elección, agrega RADIN, que desde el punto de vista lógico resulta arbitraria y que los métodos de interpretación tradicionales no logran orientar unívocamente. Más que guiar al intérprete, “la presencia de tantas ‘teorías’ y ‘métodos’ de interpretación confusos, contradictorios y sin sentido, crea en torno a los tribunales una atmósfera turbia que no facilita el pensamiento claro” (1930:882). Este es un punto que también fue destacado por LLEWELLYN (1950), quien enumeró más de setenta cánones interpretativos aceptados como criterios correctos acerca de cómo leer una ley y expuso gráficamente, a través de un cuadro dividido en dos columnas, su forma de funcionar como “pares de opuestos” capaces de justificar construcciones contradictorias de un mismo texto legal.

Varios de estos argumentos habían sido anticipados en el contexto del antiformalismo europeo por diversos autores que habían afirmado la imposibilidad de tratar al derecho como un sistema lingüístico autosuficiente, sea por la vaguedad de los conceptos jurídicos –caracterizados, por ejemplo por K. G. WURZEL como “una fotografía con bordes vagos y gradualmente desvanecidos” (1904:342[§15])– como por la variedad de máximas o métodos de interpretación aceptados para completar ese marco representado por los términos legales¹⁶⁶. Estos juristas habían negado además la

¹⁶⁶ H. KANTOROWICZ, en su famoso e incendiario panfleto *La lucha por la ciencia del derecho*, señalaba muy expresivamente como en virtud de esa variedad de métodos el misterioso “espíritu de la ley” se resolvía a fin de cuentas en el “espíritu que cada uno, conforme a su opinión personalísima, quisiera ver dominar en la ley” (1906:349-50).

naturaleza puramente lógica de los métodos de (auto)integración del derecho en base a los cuales la dogmática decimonónica había sostenido la tesis de su plenitud¹⁶⁷.

Paradigmática en este sentido fue la crítica que los juristas antiformalistas dirigieron contra la representación tradicional del procedimiento analógico, destacando la presencia de valoraciones y elecciones del intérprete en la apreciación de la similitud —o, en el lenguaje de la pandectística, la “inesencialidad” de las diferencias— entre la situación de hecho regulada por la ley y la situación de hecho carente de regulación legal específica.¹⁶⁸ Así, por ejemplo, H. KANTOROWICZ afirmaba que “[la] interpretación extensiva o analógica en un caso, y la textual o restrictiva en el otro, no se inspira en la ley y en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad, sea en la voluntad de conseguir el resultado deseado, sea en la de esquivar el indeseable” (1906:346).

§67. *La crítica a la teoría silogística de la decisión judicial: la elección de las premisas.* El argumento de la indeterminación del derecho permitía al realismo norteamericano concluir que la premisa mayor del supuesto silogismo judicial no es un dato evidente para el juez, sino el resultado de un proceso de decisión que requiere elegir entre alternativas posibles para pasar del texto autoritativo (disposición legal o precedente) a la regla de la decisión. La tarea del juez por consiguiente no podía en ningún caso agotarse, como pretendía la teoría formalista de la adjudicación (o la lectura que los realistas hacían de ella), en la subsunción y la automática inferencia de una conclusión.

Una argumentación similar podía ser aplicada también, según la vertiente más radical del realismo, la de los *fact-skeptics*, a la premisa menor del silogismo judicial. Según J. FRANK (1951) la otra vertiente realista, la de los *rule-skeptics*, había concentrado su atención en la indeterminación del derecho porque tomaba en cuenta solamente decisiones de tribunales de instancias superiores, donde usualmente no se discute sobre los hechos, sino que éstos son los que han “encontrado” los tribunales de primera instancia. Si la atención se dirige en cambio a los pleitos de primera instancia, argumenta FRANK, puede constatarse que en la mayor parte de los casos la disputa entre los litigantes se refiere a los hechos, y en la determinación judicial de los hechos hay amplio espacio para las valoraciones del juez. Ella es el resultado de “una conjetura fundada en una creencia —otra conjetura— sobre el mayor grado de fe que merecen unos testigos respecto de otros” (1951:26). A través de esta distinción de dos niveles

¹⁶⁷ Cfr. LOMBARDI (1963:246ss.), SEGURA (1993:430ss.) y GARCÍA AMADO (1997:804ss.).

¹⁶⁸ Sobre este tránsito en la comprensión de la analogía cfr. SALGUERO (2002:132ss.).

diferentes de inferencias –el nivel de las inferencias “primarias” o “testimoniales” en que el tribunal debe decidir acerca de la credibilidad de los distintos testigos para dar por establecidos, a partir de esa creencia, los hechos afirmados por los testigos a quienes cree (por ejemplo, que Ticio tuvo en sus manos, el día, del homicidio de Cayo, el cuchillo con que éste fue asesinado); y luego el nivel de las inferencias “secundarias” o “derivadas” extraídas a partir de las inferencias primarias o de la conjunción de éstas con otras inferencias derivadas (así, por ejemplo, puede llegar a darse por establecido que Ticio es el asesino de Cayo) (1951:45ss.)– FRANK pretende mostrar que en gran parte de los litigios el establecimiento de los hechos depende en definitiva de la decisión del juez o del jurado respecto de la credibilidad de quienes deponen como testigos. Una decisión que en su opinión se encuentra expuesta a diversos factores de incertidumbre o error, y además se encuentra influida por las peculiares actitudes y reacciones de cada juez o jurado particular, de modo que es “exquisitamente ‘no regulable’”, y queda entregada a la discrecionalidad virtualmente incontrolada del juez¹⁶⁹.

Esta preocupación por el misterioso “mundo de la premisa menor” fue compartida por diversos autores antiformalistas en Europa, que destacaron la complejidad de la tarea de establecer los hechos del caso, la dificultad de distinguir nítidamente entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* y a la posibilidad de manipulaciones de los hechos a través de ficciones, para incluirlos o excluirlos de la aplicación de una norma legal¹⁷⁰.

§68. *El “razonamiento hacia atrás”*. Los argumentos teóricos que hemos examinado permitían a los realistas negar validez a la imagen silogística de la decisión judicial y afirmar que, puesto que muchas veces hay más de una decisión reconocible como aplicación del derecho vigente al caso concreto (y por lo tanto, más de una fundamentación de estilo deductivo igualmente disponible a partir de las fuentes y los criterios de interpretación aceptados), entonces, como decía M. RADIN, “en algún

¹⁶⁹ FRANK propone la siguiente síntesis de los factores de error ligados a la prueba testimonial: “1) el testimonio es notoriamente falible: los testigos mienten a veces y aun los testigos honestos yerran con frecuencia, a) al observar los acontecimientos, b) al recordar sus observaciones, c) al comunicar estos recuerdos a la sala del juzgado; 2) los jueces y los jurados son falibles al determinar (conjeturando) cuál (si alguno) de los testigos discrepantes ha relatado fielmente los hechos reales” (1951:27; cfr. también 1949:17ss.). La valoración de la prueba virtualmente no está expuesta a control porque sólo en raras ocasiones es objeto de revisión por un tribunal superior que no ha presenciado la prueba (suponiendo que los testigos deponen oralmente) (1951:75).

¹⁷⁰ Cfr. L. LOMBARDI (1967:318) y A. S. FOULKNES (1969:403).

momento, de alguna manera, el juez es impulsado a hacer su elección” (1930:881), recurriendo a valoraciones externas al derecho positivo.

El paso siguiente consistía en intentar determinar, a través de investigaciones empíricas, de qué modo realiza el juez efectivamente esa elección, cuáles son los factores externos al derecho (partiendo, recordemos, del concepto positivista de derecho) que la determinan¹⁷¹. A partir de ese estudio empírico del proceso de decisión los realistas norteamericanos formularon su propia teoría descriptiva de la adjudicación, que se unía a los argumentos teóricos para confirmar la nula validez en ese plano de la teoría del silogismo judicial. Sus investigaciones, basadas a veces en su propia experiencia como jueces –como los *self-reports* del juez J. HUTCHESON (1929)–,

¹⁷¹ Es aquí donde la diferencia entre realismo norteamericano y antiformalismo europeo se vuelve clara. También los juristas europeos se interesaron en los procesos psicológicos de decisión –como veremos, de hecho, anticipan varias de las hipótesis del realismo norteamericano– y es posible encontrar, en diversos textos, expresiones que hacen pensar en la adopción de una perspectiva descriptiva: H. KANTOROWICZ por ejemplo afirmaba que la lucha del movimiento antiformalista “no tiene significado constitutivo sino declarativo, que sólo exigimos reconocimiento de lo que inconscientemente (si bien precisamente por esta razón de modo imperfecto) siempre y por doquier se ha hecho, que sólo se trata de *expresar lo que es*” (1906:331, cursivas del autor); F. GENY por su parte sostenía que “[la libre búsqueda científica] incluye un conjunto indivisible de soluciones, complejas y complementarias entre sí; soluciones practicadas *de hecho* y por la fuerza de las cosas en todos los tiempos, que se trata solamente de reconocer *en derecho*, como ha hecho abiertamente el Código civil suizo de 1907” (1919:408; cursivas del autor); y quizá con aún más claridad E. EHRLICH afirmaba que “uno de los deberes de la ciencia jurídica es examinar el origen, la naturaleza, los efectos y el valor de las tendencias sociales que se hacen presentes en las decisiones judiciales, y de ese modo proporcionar una imagen de lo que ocurre en la administración de justicia y de sus posibles causas” (1903:78-9). Sin embargo a fin de cuentas la perspectiva que parece haber primado normativa, de modo que las corrientes antiformalistas europeas asumieron como tarea la de indicar al juez las fuentes y los argumentos a los que debía recorrer para suplir las insuficiencias del derecho positivo (cfr. un análisis sistemático en L. LOMBARDI, 1967:337ss, y J. WROBLEWSKI, 1992:292-3). En términos generales sus propuestas normativas oscilaron entre, por una parte, el voluntarismo y la recomendación al juez de actuar como lo habría hecho el legislador y, por otra parte, la confianza en la posibilidad de “extraer de las realidades objetivas [la naturaleza de la cosa o, según otros autores, el derecho vivo o la conciencia jurídica material], cuidadosamente constatadas y analizadas, los verdaderos principios que expresan las necesidades éticas, sociales, políticas y económicas, que deben dominar en toda organización jurídica” (F. GENY, 1899:142). Una confianza esta que, aunque en ocasiones puede leerse como un renovado iusnaturalismo –como, por ejemplo, cuando GENY habla de “interrogar la razón y la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia” (1899:II,92)–, parece haberse apoyado sobre todo en una intensa fe positivista en la ciencia y particularmente en la sociología y en las demás ciencias sociales, como la historia, la economía y la psicología, capaces de descubrir las regularidades implícitas en la vida social, las leyes naturales del organismo social (cfr. GIANFORMAGGIO, 1986:43). Una crítica de esta imagen del juez como oráculo del un derecho superior que descubre científicamente puede verse en L. PRIETO SANCHÍS (1987:38).

otras veces en entrevistas y en el estudio de casos resueltos judicialmente para establecer vínculos entre clases de soluciones y clases de situaciones de hecho, les llevaron a una misma conclusión básica acerca del razonamiento decisorio judicial.

Según esa tesis las decisiones judiciales resultaban determinadas principalmente por la reacción de los jueces ante los hechos del caso, es decir, por la inicial definición del resultado que les parece correcto o justo frente a ellos¹⁷². En contraste con la imagen del silogismo judicial, que sugería que el juez comienza por tomar como premisa una regla jurídica para aplicarla a los hechos, la tesis realista describía el proceso de decisión judicial como un “*backward reasoning*”, esto es, como una forma de razonamiento que comienza por lo que de acuerdo a la explicación formalista debería ser su conclusión¹⁷³. Más allá de esta coincidencia en atribuir la primacía en el proceso decisorio a la evaluación por el juez de la solución adecuada al caso particular, los juristas realistas discreparon acerca de cuáles eran los factores que determinaban esa respuesta frente a los hechos y que constituían el dato fundamental para poder precisar las regularidades o leyes del comportamiento judicial que permitieran hacer predicciones sobre su conducta futura.

Algunos realistas, como J. FRANK y J. HUTCHESON, consideraron que la respuesta de los jueces ante los hechos asumía la forma inicial de una “corazonada” [*hunch*] (HUTCHESON, 1929:278), “una reacción intuitiva compuesta” o “un *gestalt* no analizable” (FRANK, 1951:91-2), determinada por “los innumerables rasgos, inclinaciones y hábitos peculiares del juez” (FRANK, 1930:110). La consecuencia que se seguía de esta conclusión, que veía la causa final de la decisión judicial en elementos estrictamente subjetivos y “epistemológicamente opacos” (LEITER, 1996:271), era la imposibilidad de descubrir regularidades en la práctica efectiva de decisión judicial y, por consiguiente, la inviabilidad del proyecto realista de una ciencia jurídica empírica, que permitiera a sus destinatarios hacer predicciones ciertas acerca de las decisiones judiciales futuras.

Otros realistas, como K. LLEWELLYN (1930b, 1960:122ss.), M. RADIN (1925), H. OLIPHANT (1928) y F. COHEN (1935), sostuvieron en cambio que era posible observar la existencia de cierta uniformidad en las relaciones entre clases de decisiones judiciales y clases de hechos a ellas subyacentes, que mostraba una regular evaluación por parte de los jueces en cada caso de la funcionalidad de sus decisiones respecto de ciertos efectos

¹⁷² K. LLEWELLYN hablaba de la “presión de los hechos del caso” (1931:1243), H. OLIPHANT del “estímulo de los hechos del caso concreto” (1928:75) y J. HUTCHESON afirmaba que “el impulso vital, motivante para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto para el caso”(1929:285).

¹⁷³ Cfr. G. TARELLO (1967:200) y B. ANDERSON (1996:6ss.).

socio-económicos. De la existencia de esos patrones regulares de *policy* en diversas series de decisiones judiciales, este grupo de realistas infirió que aquellas debían ser vistas no tanto como expresión de la individualidad del juez sino más bien como el producto de factores sociológicos comunes a la clase o grupo de los magistrados, unidos por la misma educación y los mismos procesos de selección y sujetos a los mismos condicionamientos ideológicos¹⁷⁴. Más allá de esta conjetura y de algunas observaciones acerca del impacto modelador del oficio de juez y de la tradición¹⁷⁵, este grupo de autores no desarrolló (ni contó con) una teoría sociológica compleja de la profesión judicial y sus aportaciones se concentraron más bien en el estudio de las regulares consideraciones de *policy* subyacentes a las decisiones judiciales y en la formulación de algunas propuestas o sugerencias para la adecuación a esa práctica efectiva de los conceptos o categorías jurídicas, del principio de *stare decisis* y de la técnica legislativa¹⁷⁶.

§69. *La crítica a la motivación de estilo deductivo.* La teoría formalista de la adjudicación estaba ligada, como vimos en el capítulo anterior, a una concepción del deber de motivar en términos de la obligación de explicitar el razonamiento decisorio del juez. Puesto que ese razonamiento podía y debía ser silogístico, la fundamentación de las sentencias debía, necesariamente, asumir un estilo deductivo, en el sentido de presentar la decisión como la conclusión obtenida mecánicamente, sin opciones y sin necesidad de ningún tipo de valoración política, a partir de una fuente formal del derecho. Si a través de argumentos teóricos y argumentos empíricos los realistas norteamericanos habían mostrado que el razonamiento decisorio del juez *no era ni podía ser* reducido a una inferencia deductiva, entonces la fundamentación de estilo deductivo no podía seguir siendo concebida simplemente como la explicitación del proceso psicológico de decisión.

¹⁷⁴ Cfr. G. TARELLO (1967:206) y B. LEITER (1996:272).

¹⁷⁵ Cfr. por ejemplo K. LEWELLYN (1960:45ss.).

¹⁷⁶ El programa constructivo de los realistas menos radicales, que acepta la práctica de decisión judicial finalista (*purposive adjudication*) no sólo como un dato de hecho sino como un bien a favorecer, comprende entre sus propuestas la de hacer explícitos los objetivos de las reglas legales, de modo de orientar las consideraciones de *policy* que el juez realizará al aplicarlas, y la de evitar conceptos excesivamente amplios, prefiriendo categorías más específicas, capaces de ajustarse mejor a las particularidades de los casos. Vid. una buena síntesis de estas propuestas constructivas en G. TARELLO (1967:217ss.) e I. LIFANTE VIDAL (1999:120ss.).

Los juristas realistas se ocuparon efectivamente de este punto, según da cuenta, por ejemplo, este texto de K. LLEWELLYN que identifica la siguiente “línea de trabajo” común a todo el movimiento realista:

“...[los fundamentos de las sentencias] ya no son vistos como un reflejo del proceso de decisión de los casos, sino como la argumentación de un abogado experto construida por los jueces (después de haber llegado a la decisión) pretendiendo hacer parecer la decisión plausible, jurídicamente decente, jurídicamente correcta, para hacerla parecer, de hecho, jurídicamente inevitable (...). Se admitió que la lógica deductiva de las motivaciones [*opinions*] no necesita en absoluto ser una *descripción* del proceso de decisión, o una *explicación* acerca de cómo se llegó a la decisión” (1931:1238-9, cursivas del autor).

La motivación es concebida entonces como una “racionalización” *a posteriori* (LLEWELLYN, 1931:1238) o, de modo consistente con la caracterización realista del razonamiento judicial, como un “razonamiento hacia atrás” (*supra* §68), en el que la definición por parte del juez de la solución deseable frente a los hechos del caso precedía y condicionaba las elecciones del juez entre las alternativas que los materiales de derecho positivo y los métodos aceptados de interpretación dejaban abiertas. Según esa explicación, una vez definido el resultado deseable el juez busca las normas jurídicas, selecciona los métodos de interpretación, construye un cierto relato de los hechos y los califica jurídicamente para redactar la fundamentación pública de su decisión adecuándose retóricamente a la teoría dominante de la adjudicación, esto es, presentando su decisión como si fuera jurídica y lógicamente necesaria.

También J. FRANK se refirió a este modo de entender la fundamentación de las sentencias:

“El juez de primera instancia, sin embargo, cuando da a publicidad una explicación de su sentencia pretende seguir la teoría convencional y se torna analítico, lógico. Él “disocia”, separa, los hechos que “determina” de la norma jurídica que, según expresa, aplica a esos hechos. De esa manera busca justificar su sentencia como un producto lógico. Pero (como hemos sido informados por eminentes jueces de esta clase) un juez al dar forma a su explicación con frecuencia trabaja hacia atrás; comienza con la decisión que (...) estima prudente o justa. Luego determina los hechos de tal modo que, subsumidos bajo una norma jurídica aceptada, hacen aparecer esa decisión como lógica y jurídicamente fundada” (1951:92).

Es interesante notar que esta idea de la motivación de estilo deductivo como un revestimiento retórico de una decisión previamente determinada por otra clase de consideraciones había sido propuesta también en el contexto del antiformalismo

europeo por autores como FUCHS, GMELIN, ISAY, WÜRZEL o KANTOROWICZ¹⁷⁷. Este último por ejemplo describe del siguiente modo la relación entre razonamiento decisorio y fundamentación:

“La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidad la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba. Piénsese en el ejemplo clásico de Bártolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el Corpus Iuris ‘puesto que él tenía poca memoria’. Bien es verdad, que en todas partes se obscurece la relación entre la voluntad y la razón, porque la última tiene el vehemente afán de invertir los hechos con posterioridad (...).” (1906:343).

§70. *Por una motivación más “transparente” de las decisiones judiciales.* Además de constatar la divergencia entre el razonamiento decisorio y el razonamiento ofrecido públicamente por el juez para justificar la decisión, los realistas norteamericanos valoraron críticamente el estilo deductivo de motivación, afirmando que del ocultamiento de las razones causalmente determinantes de las decisiones judiciales se seguían una serie de consecuencias negativas para la práctica jurídica y mostrando las ventajas de un estilo de fundamentación más transparente.

Fue especialmente la vertiente de los “escépticos ante las reglas” la que afirmó que una práctica de motivación más transparente haría posible una mayor certeza jurídica, favoreciendo la previsibilidad de futuras decisiones, y permitiría la discusión razonable y la crítica de las decisiones basada en elementos objetivos¹⁷⁸. K. LLEWELLYN, por ejemplo, distinguió dos modelos o estilos de fundamentación de las decisiones judiciales, el *Formal Style*, conforme al cual la fundamentación “sigue una forma deductiva con un aire o una expresión de inevitabilidad lineal” (1960:38), y el *Grand Style*, caracterizado, entre otros rasgos distintivos, por la explicitación en la motivación de las directrices políticas [*policies*] y las otras consideraciones efectivamente influyentes en el proceso de decisión judicial. Los argumentos en que este autor apoyó su crítica del primero y su defensa del *Grand Style* han sido sintetizados por W.TWINING, en su libro sobre K. LLEWELLYN y el realismo, de la siguiente manera: las

¹⁷⁷ Cfr. TARELLO (1962:157) y KENNEDY (1997:81). Diversos autores realistas reconocen por lo demás haber encontrado estímulo en relación a este punto en la obra de juristas europeos: así, por ejemplo, hay referencias a FUCHS en RADIN (1930:865) y a WÜRZEL en FRANK (1951:87ss.). También algunos autores norteamericanos anteriores al movimiento realista que habían adelantado esta idea, como O. W. HOLMES -quien habló de la posibilidad de “dar forma lógica a cualquier decisión”(1897:466)- o J. DEWEY (1925:22ss.).

¹⁷⁸ Cfr. al respecto G. TARELLO (1967:216).

motivaciones [*opinions*] formuladas según el *Grand Style* “proporcionan una base más confiable para predecir decisiones futuras que las motivaciones formuladas según el *Formal Style*, por dos razones: primero, porque un mayor número de los factores que han influido en la decisión son sacados a la luz; y segundo porque el proceso de manejar conscientemente esos factores aumenta la probabilidad de que ellos funcionen en forma regular. En otras palabras, el uso de esos factores cuando es consciente y racional resulta menos errático y arbitrario que cuando se pretende ignorarlos” (1973:231).

Razones muy similares habían sido sostenidas años antes por algunos juristas antiformalistas europeos, anticipando también en este aspecto la crítica realista: varios de ellos –particularmente FUCHS, GMELIN, HECK y STAMPE– consideraron que una forma de juzgar que explicitara las razones efectivamente determinantes de la decisión sería “sin duda más previsible y controlable que aquella que se funda sobre una lógica más aséptica, pero ficticia, sobre un aparato conceptual que (bajo apariencia de rigor y objetividad) es ocasión para el subjetivismo y máscara para el arbitrio incontrolado” (G. ORRÚ, 1988:166)¹⁷⁹.

A pesar de que J. FRANK no tenía, según hemos visto (*supra* §68), la misma confianza en la posibilidad de predecir la conducta de los tribunales y veía en la certeza jurídica “una ilusión o un mito” y un infantil “sustituto parcial del Padre-como-Juez-

¹⁷⁹ Con todo, mientras los realistas norteamericanos se limitaron a recomendar a los jueces hacer explícitamente lo que siempre han hecho, los antiformalistas europeos –en consonancia con su proyecto de preparar o facilitar la adecuada decisión del juez– tendieron a sugerir también qué era aquello que debían hacer explícitamente. Merece la pena reseñar brevemente las ideas de E. FUCHS (1912:10ss.) quien se ocupó extensamente de esta cuestión, distinguiendo tres formas posibles de elección entre las alternativas abiertas a la discreción del juez en la construcción de la premisa normativa y considerando sus efectos para la certeza jurídica. El primero sería el método de la “jurisprudencia de conceptos” en el que, puesto que la decisión sólo debe basarse en la lógica, las elecciones serían fruto simplemente del azar, de modo que la incertidumbre acerca de la solución esperable resulta máxima, pues el juez va más allá de la ley sin el auxilio de ningún criterio metalegal. El segundo sería el método de la “cripto-sociología”, en que el juez elige ya sea en base a su sentimiento personal de justicia [*Gefühlsjurisprudenz*] o bien en forma sociológico-valorativa –que es la doctrina de la interpretación e integración del derecho defendida por este autor y en general por el movimiento del derecho libre–, pero luego presenta su decisión bajo el modelo de motivación deductivo: en este caso las soluciones presentarían algún grado de uniformidad, pero no podrían proporcionar verdadera certeza, porque se apoyarían en el puro sentimiento o porque las efectivas razones sociológico-valorativas no estarían expuestas al control científico público. Finalmente el mejor de los métodos, el de la auténtica *soziologische Rechtswissenschaft*, en el que el juez elige de acuerdo a criterios sociológico-valorativos que explicita luego en la motivación de su sentencia, favoreciendo el progreso metodológico al permitir el control científico público de los criterios de decisión y permitiendo alcanzar el grado más alto de certeza posible en las ciencias sociales y morales.

Infalible” (1930:13,19), es interesante observar que él también sostuvo la necesidad de una fundamentación más explícita de las decisiones judiciales, especialmente en el caso de la motivación de la *quaestio facti*. Así, entre otras reformas a la organización judicial que sugirió (1951:139), proponía que se impusiera a los jueces (o a los jurados, aunque otra de sus propuestas era eliminar esta institución, salvo para los casos criminales más graves) el deber de dar publicidad a las creencias en que se hubieran basado al establecer los hechos. Para FRANK una fundamentación fáctica explícita tenía importancia sobre todo como instrumento para el auto-control por parte del juez: “creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye una panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias con la prueba testimonial”(1951:97)¹⁸⁰. En términos más generales, no reducidos sólo a la fundamentación de la valoración de la prueba, FRANK se manifestó en favor de una práctica judicial más sincera, en que la discreción fuera conferida francamente por las normas jurídicas y ejercida francamente por los jueces, argumentando que “los métodos subrepticios no son ni saludables ni democráticos” (1951:107; 1930:137-8).

Esta preocupación por la transparencia del discurso judicial es por otra parte ciertamente consistente con la adopción del punto de vista del abogado litigante, preocupado de saber cómo convencer argumentativamente al juez, que caracterizó al movimiento realista. Desde esa perspectiva la demanda de mayor transparencia miraba, como han destacado por ejemplo G. TARELLO (1967:156) y W. TWINING (1973:258), al cese de ese baile de máscaras en que los jueces declaran ser persuadidos por argumentos que proceden silogísticamente a partir de una premisa mayor normativa, cuando en verdad son persuadidos por argumentos relativos a la bondad de las consecuencias de la decisión, o dicho de otro modo, al restablecimiento de la

¹⁸⁰ Que la fundamentación explícita de los hechos, aun siendo ventajosa y deseable, no constituyera para FRANK una *panacea* puede relacionarse con dos límites a la posible transparencia de la motivación que tenía presentes: por una parte, la posibilidad de error o simulación del juez acerca de sus creencias -“[el juez] puede (intencionalmente o no) informar en forma equivocada lo que cree, a fin de dejar a un lado los precedentes en favor de lo que estima justo, o muy ocasionalmente en homenaje a otros motivos menos plausibles (introducidos por el soborno o las ‘influencias’). Nadie, salvo el juez, sabe si en los ‘fundamentos’ dados a publicidad informa debidamente o hace un ‘manipuleo’ con su creencia (es decir, la distorsiona), pues ningún otro puede probar la exactitud de una información sobre un ‘estado mental’ íntimo” (1951:60) y, por otra parte, la dificultad de traducir en palabras las impresiones o intuiciones que para FRANK tienen un peso decisivo en el razonamiento del juez, esos “‘gestalts’ individuales, no analizables, de los jueces o jurados particulares cuando reaccionan ante testigos particulares” que son “únicos, ‘privados’, no comunicables íntegramente a otras personas” (1951:128).

identidad entre aquello que constituye una buena razón para el objetivo de la persuasión y aquello que constituye una buena razón para el objetivo de la justificación.

6.3. El realismo de Alf Ross y su mirada sobre la motivación de las decisiones judiciales

§71. *La teoría la validez como vigencia.* Alf ROSS, a diferencia de lo que ocurría con sus colegas realistas del otro lado del Atlántico (*supra* §64), no descuidó las cuestiones conceptuales y se propuso desarrollar una teoría empirista de la validez que, aun conservando la idea del derecho como un conjunto de normas (en lo que se aprecia la influencia que en su pensamiento ejerció el normativismo de H. KELSEN), sujetara su estudio a “los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna” (1953:17). En este y el próximo apartado nos ocuparemos brevemente de esa teoría de la validez como vigencia, tanto porque es un paso necesario para comprender su teoría de la decisión judicial, como porque en ella la existencia de decisiones judiciales fundadas ofrece el dato fundamental para la observación empírica en que debería, de acuerdo al modelo metodológico que ROSS propone, fundarse la ciencia jurídica.

El criterio de identificación del derecho de acuerdo a esa teoría es la *vigencia (gaeldende)*, caracterizada como la disposición de un conjunto de normas (o directivas) a ser aplicadas por los tribunales¹⁸¹. El juicio de vigencia, esto es, la predicción de la probabilidad de que una directiva sea aplicada en el futuro por los tribunales) es un juicio empírico que tiene como objeto según ROSS dos clases de hechos: a) el comportamiento pasado de los tribunales, es decir, si han aplicado una norma en el pasado (elemento conductista de la vigencia), y b) la ideología normativa (o de las fuentes del derecho) compartida por la judicatura (elemento psicológico de la vigencia) (1953:99ss.).

Esta dualidad en los hechos sociales cuyo conocimiento es necesario para la formulación de los juicios de vigencia tiene que ver con el propósito de ROSS de presentar una interpretación de la vigencia que sintetizara las aportaciones del realismo conductista norteamericano y el realismo psicológico escandinavo, superando las debilidades que atribuía a cada uno. Lo que ROSS le critica al realismo conductista

¹⁸¹ Sobre el concepto de vigencia cfr. ROSS (1953:60ss.), BULYGIN (1963:345-6) y GUASTINI (1994:262). Respecto del concepto de norma cfr. ROSS (1953:28ss.) y (1968:45ss.).

es la imposibilidad de predecir el comportamiento futuro de los jueces a partir únicamente de la observación externa de las regularidades en las reacciones de los jueces (1953:63ss. y 1968:113-4). Para justificar esa crítica propone un ejemplo de cambio en la conducta de los tribunales que no podría ser prevista a partir de investigaciones exclusivamente conductistas: por un largo período de tiempo ha sido posible observar que los tribunales de un cierto sistema jurídico reaccionan típicamente imponiendo ciertas sanciones penales frente a casos de aborto, sin embargo, repentinamente esa reacción cambia, porque una nueva ley sobre aborto ha sido promulgada. En este caso, dice ROSS, la vigencia de la norma no podría ser afirmada sobre la base de un hábito externamente observable, ni siquiera uno más general, como la “obediencia al legislador”, pues no es posible identificar mediante pura observación externa al legislador a quien se presta obediencia: de ese modo sólo podría concluirse que se presta obediencia a ciertas personas determinadas que componen el órgano legislativo en ese momento y que también están expuestas a cambiar. Esto lleva a ROSS a concluir que:

“El *cambio* en la conducta del juez solamente puede entenderse y predecirse tomando en consideración hechos ideológicos, esto es asumiendo la existencia de aquellos sentimientos de validez, o ideología, que motivan las decisiones del juez. Solamente en la hipótesis de que el juez es leal a la Constitución, a sus instituciones y a las fuentes de derecho tradicionalmente reconocidas, puede interpretarse el cambio en las reacciones judiciales como un todo coherente – como regularidades constituidas por una ideología. (1968:114).

§72. *La ideología normativa de los jueces y su determinación a través de la motivación de las sentencias.* La distinción que ROSS, según acabamos de ver, hace entre la “conducta externamente observable” del juez y su “ideología normativa” como hechos sociales relevantes para la enunciación de juicios de vigencia resulta problemática sin embargo, como ha notado R. GUASTINI (1994:264), cuando es enfrentada a la pregunta por el método a través del cual acceder a cada uno de esos datos. A propósito de la primera clase de datos ROSS precisa que se trata de la “conducta *verbal*, exteriormente observada, del juez” (1953:102, la cursiva ha sido agregada), es decir de la observación de la decisión judicial como texto, como lenguaje. ROSS precisa este punto cuando se pregunta qué puede entenderse por que una norma “haya sido aplicada”; allí argumenta que no basta considerar el sentido de la decisión – es decir, la prescripción contenida en la parte dispositiva de la sentencia– pues puede que una norma haya sido tomada en cuenta pero se haya opuesto una excepción y que sea ésta y no el haber negado aplicación a la norma lo que haya determinado el sentido de la decisión, y propone la siguiente definición de aplicación de una norma:

“Su “aplicación” práctica, en consecuencia, sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y, que por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba (1953:69)”.

La conducta verbal exteriormente observable relevante para juzgar si una norma ha sido aplicada en el pasado (el primero de los elementos a considerar para juzgar su disposición a ser aplicada en el futuro) es, por consiguiente, su invocación en la motivación de decisiones judiciales pasadas (cfr. BULYGIN, 1963:347-8). Sin embargo este sólo elemento es, según ROSS, insuficiente para formular un juicio predictivo, siendo necesario contar además con una hipótesis acerca de la ideología normativa de los jueces, esto es acerca de su creencia compartida en la fuerza vinculante de ciertas normas y principios. Ellos constituyen las fuentes del derecho de un cierto sistema jurídico, que ROSS define como “el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez de las reglas en que basa su decisión; con el agregado que esa influencia puede variar: desde aquellas “fuentes” que le proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar [la legislación], hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita [la tradición de cultura o ‘razón’]” (1953:107)¹⁸².

Pero, ¿a través de qué método el jurista puede construir una hipótesis acerca de la ideología normativa de los jueces?, ¿a partir de qué datos empíricos puede ser formulada la “doctrina de las fuentes del derecho” de un cierto sistema jurídico? En los textos ROSS sobre las fuentes del derecho, salvo algunas referencias a la observación del

¹⁸² Tras precisar este concepto realista de fuentes del derecho, Ross realiza una distinción entre la “doctrina” y la “teoría” de las fuentes del derecho: mientras la primera corresponde a la descripción de la ideología de las fuentes del derecho que de hecho anima a los tribunales de un determinado sistema jurídico y es tarea de la ciencia jurídica, la segunda, tarea de la filosofía jurídica, consiste en “establecer e identificar los tipos generales de fuentes del derecho que, de acuerdo con la experiencia, aparecen en todos los sistemas jurídicos maduros” (1953:107). Desarrollando precisamente una *teoría* de las fuentes del derecho, Ross distingue tres clases de fuentes: un tipo de fuente completamente objetivado (las directivas sancionadas por las autoridades públicas o legislación en el sentido más amplio), un tipo de fuente parcialmente objetivada (la costumbre y el precedente) y un tipo de fuente no objetivado (la “razón” o “tradición de cultura”) (1953:108ss.). Como veremos en el siguiente párrafo, a la inclusión en la teoría general de las fuentes de la “razón o tradición de cultura” corresponde, en el nivel de lo que Ross llama “teoría del método”, la inclusión entre las motivaciones que guían la acción del juez de la “conciencia jurídica material”: el desconocimiento de este motivo es, según se verá, una de las críticas que Ross dirige a la teoría del silogismo judicial.

“conducta efectiva” de los jueces, no hay indicaciones precisas (cfr.1953:106 y 136). Parece razonable pensar que, más que en investigaciones psicológicas, los estudios doctrinales sobre las fuentes y la construcción de hipótesis que permitan la formulación de juicios de vigencia podrían apoyarse en el análisis del comportamiento *verbal* de los jueces, es decir, en la motivación de las decisiones judiciales pasadas. A esta conclusión llega R. GUASTINI:

“Es precisamente de la motivación que podemos extraer la ideología normativa del juez. En definitiva, por lo tanto, no existe razón para apartarse del “conductismo”, en la medida que se entienda el “comportamiento” del juez como la decisión jurisdiccional en su totalidad (parte dispositiva y motivación). Eso quiere decir que el método de la ciencia empírica del derecho no es sino el análisis del lenguaje de los jueces (1996:264)”.

§73. *De la predicción de la vigencia a la predicción de las decisiones judiciales.* En el apartado anterior concluíamos que la base empírica a partir de la cual un jurista rossiano podría describir el derecho vigente (en un cierto estado) será el discurso judicial expresado en la motivación pública de las sentencias: en él observará que normas han sido invocadas por los tribunales y a partir de él construirá una hipótesis acerca de la ideología de las fuentes del derecho que anima a esos tribunales, para así poder formular juicios predictivos de vigencia. La pregunta que queda abierta, y de la que ROSS se ocupa a continuación, es en qué medida esos juicios predictivos de vigencia son suficientes para la predicción del sentido (i.e. la parte dispositiva) de decisiones judiciales futuras y por consiguiente qué grado de “valor práctico” tiene la ciencia del derecho (cfr. 1953: 69ss.).

En relación a este punto hay que tener presente, en primer lugar –destaca ROSS remitiendo en una nota a las reflexiones de J. FRANK– que el resultado de una concreta acción judicial dependerá en todo caso de la prueba producida y su apreciación, la que “está condicionada subjetivamente en tan alto grado, que esta razón por sí sola excluye toda posibilidad de calcular por anticipado con certeza el resultado de casos en los que haya hechos controvertidos” (1953:69-70). Dejando de lado este punto, la posibilidad de una predicción del resultado a partir del juicio de vigencia parece depender de dos elementos: por un lado del grado de incertidumbre a que pueda estar sujeta la interpretación de las normas vigentes (en el caso de las fuentes completamente objetivadas, i.e. de la legislación) y, por otro lado, de la relación entre la invocación de una norma en la motivación de una decisión (que es aquello que el juicio de vigencia predice) y su influencia como factor determinante de la decisión, es decir de la relación entre los fundamentos y la parte dispositiva de las decisiones judiciales.

§74. *La teoría de la decisión judicial.* Al considerar en un primer momento (en el capítulo sobre el concepto de vigencia), esta última cuestión, ROSS se limita a describir las dos teorías existentes sobre esta relación –la del formalismo tradicional y la del realismo norteamericano– sin tomar partido por ninguna de ellas:

“El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, de acuerdo con este punto de vista, es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas, la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempos más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la solución es establecida, el juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión (...) La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión”. (1953:70-1).

Si la primera teoría tiene razón entonces conociendo, a través del juicio de vigencia, las premisas, podrá preverse también la conclusión. Si la tiene en cambio la segunda, entonces “el conocimiento de la ideología jurídica sirve de muy poco ya que no motiva a los jueces”¹⁸³. Aún más, “es dudoso, en verdad, que sea de algún modo posible llegar a una genuina comprensión de lo que ocurre cuando un juez decide y a saber cómo predecir el resultado de las controversias jurídicas” (1953:71).

ROSS vuelve a referirse a la relación entre motivación y parte dispositiva de la decisión judicial cuando se ocupa de la interpretación y delinea una teoría general del método judicial (1953:143ss.). La tarea de esa clase de teoría es la de ofrecer un estudio analítico-descriptivo de lo que realmente ocurre en la administración de justicia¹⁸⁴ y, en primer lugar, de la actividad que realiza el juez cuando hace frente a la tarea de interpretar y aplicar la ley a un caso específico. Enfrentado a esa tarea, ROSS sugiere primero un modelo de análisis de la acción que distingue dos componentes de toda

¹⁸³ Esta afirmación de Ross parece confirmar la interpretación que GUASTINI sugiere del referente empírico de la hipótesis sobre la ideología normativa: la doctrina de las fuentes sólo podría retratar una ideología normativa que no determina causalmente la decisión, que no es sino un disfraz –siempre disponible para la ocasión– que se utiliza en la fundamentación. Lo que sigue es una lectura de realismo norteamericano que tiende a “frankificarlo”: los realistas confiaban en la posibilidad de un estilo de fundamentación diferente.

¹⁸⁴ La tarea de una teoría general del método consiste según Ross en mostrar los factores generales que operan en cualquier administración de justicia y en bosquejar una tipología general para la caracterización de los estilos de interpretación vigentes (1953:137).

acción deliberada, un motivo que dirige la acción hacia una meta y ciertas concepciones operativas, elementos cognoscitivos que dirigen la acción hacia ese fin; luego aplica ese modelo a la “teoría positivista-mecanicista” de la función judicial, para criticar su inadecuación desde un punto de vista analítico-descriptivo, y propone finalmente una teoría alternativa.

La imagen de los componentes de la actividad del juez que presenta la teoría formalista es en extremo simple: “Se suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto al derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados” (1953:137). Según ROSS esta caracterización del juez como un autómeta “no se asemeja para nada a la realidad”, por dos razones. Primero, porque dada la inevitable vaguedad de las palabras la interpretación cognoscitiva —en el sentido de determinación del significado como hecho empírico— llevará con frecuencia a un resultado incierto, de modo que el juez tendrá que elegir entre definiciones alternativas del significado de la ley. Su interpretación de la ley no será, por consiguiente, un acto de puro conocimiento sino un acto de naturaleza “constructiva” y supondrá un motivo adicional al puro acatamiento de la ley. En segundo lugar, la teoría positivista-mecanicista es falsa porque la idea de la actividad del juez que supone es psicológicamente insostenible, pues aunque la obediencia a la ley sea un factor profundamente arraigado en la mente de los jueces como actitud moral y profesional, ver en ella el único motivo de su acción constituye una “ficción”:

“El juez no es un autómeta que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como ‘correctas’ de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, *standards* o valoraciones que hemos denominado tradición cultural” (1953:174).

Una descripción psicológicamente adecuada de la actividad decisoria del juez debe tomar en cuenta, en opinión de ROSS, dos elementos que interactúan como motivos que guían la acción del juez: la *conciencia jurídica formal* y la *conciencia jurídica material*. La primera alude al sentimiento de vinculación a las directivas positivamente establecidas (lo que desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho correspondería a legislación, precedente y costumbre), mientras la segunda remite en cambio a las ideas acerca de lo socialmente deseable o lo justo que integran

una cierta tradición cultural.¹⁸⁵ Este motivo intervendría en toda decisión judicial, bajo formas diversas; ya sea: a) en la aprobación el resultado al que lleva la interpretación cognoscitiva, guiada por el sentimiento de respeto a la ley; o b) guiando al juez en la elección entre las diversas alternativas interpretativas posibles; o, finalmente, c) entrando en conflicto con la exigencia de obediencia a la ley que deriva de la conciencia jurídica formal –en la forma de una reacción emocional espontánea o como resultado de un análisis consciente de los efectos de la decisión en relación con *standards* presupuestos– y pudiendo incluso, pasado un cierto umbral, llevar al juez a dejar de lado el límite fijado por las palabras de la ley.

En síntesis, ROSS concluye que la función judicial “no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez tanto en su conciencia jurídica formal y material, como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y evaluación, pasividad y actividad” (1953:176)¹⁸⁶.

§75. *El estilo formalista de fundamentación de las decisiones judiciales.* Tras dejar asentada la dimensión creativa o constructiva de la tarea judicial, ROSS constata que ello no es sin embargo admitido abiertamente en el estilo usual de fundamentación de las decisiones judiciales (1953:188ss.). Éste, por el contrario, recurre a una técnica interpretativa que, haciendo parecer que la decisión del juez puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley, tiende a mantener la apariencia de un juez que no es sino la boca de la ley. Aquello que hace posible esta técnica de argumentación es, según ROSS, la existencia de una pluralidad de máximas de interpretación aceptadas así como la inexistencia de un criterio de preferencia cierto entre ellas. Esas máximas ofrecen al juez amplias posibilidades de justificar la interpretación que le parezca adecuada, de ahí que más que como reglas deban ser vistas como los “implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites– habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación” (1953:190-1).

¹⁸⁵ Cfr. ROSS (1953:129ss.).

¹⁸⁶ ROSS precisa además que estos dos componentes, cognoscitivos y valorativos, de la actividad decisoria del juez sólo pueden ser analítica o artificialmente distinguidos, pues en la práctica se mezclan y resulta muy difícil establecer donde termina uno y comienza el otro, no pudiendo ni un observador externo ni el propio juez distinguir nítidamente entre aquellas valoraciones que son manifestaciones de las preferencias del propio juez y aquellas que se atribuyen al legislador y que se consideran como un dato para una interpretación cognoscitiva dirigida a determinar la intención de aquél (1953:140).

Al reconocer que la motivación de apariencia deductiva públicamente expuesta oculta lo que realmente ocurre en la administración de justicia (los estándares o valoraciones que han guiado al juez en la construcción de la interpretación), ROSS toma –ahora sí– partido en la cuestión de la relación entre la parte dispositiva de las sentencias y sus fundamentos, situándose del lado de la teoría que ve en la motivación una racionalización construida a posteriori, sostenida por el realismo norteamericano. Veamos en qué términos lo expresa el iusfilósofo danés:

“Una vez que los factores de motivación combinados –las palabras de la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos– han producido su efecto en el espíritu del juez e influido sobre él en favor de una determinada decisión, construye una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido” (1953:188).

Estas técnicas de argumentación son recursos que forman parte del equipo de cualquier jurista experimentado. Él tiene que saber como justificar técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución que considera “justa” o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran razones verdaderas. Éstas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado (1953:153).

§76. *Las bondades del ficcionalismo.* A pesar de las apariencias, la coincidencia en este punto entre ROSS y los realistas norteamericanos no es total. Por una parte ROSS asigna claramente un lugar a las reglas entre los factores motivadores de la decisión, bajo la forma de lo que llama conciencia jurídica formal, suponiendo en los jueces un arraigado sentimiento de fidelidad u obediencia a la ley¹⁸⁷, de modo que para este autor al menos la invocación de una norma en la fundamentación no constituiría una mera

¹⁸⁷ Cfr. 1953:81: “Es menester asumir aquí que las normas jurídicas en sentido propio [aquellas dirigidas al juez y que funcionan como pautas de decisión] son observadas tan ‘voluntariamente’ como las normas de ajedrez”. Si esta diferencia respecto de los planteamientos del realismo americano fuera formulada en forma de crítica, ella resultaría, me parece, similar a la sostenida por HART, quien afirmaba que si bien algunas decisiones judiciales podían ser adoptadas en la forma sostenida por los realistas norteamericanos, sin atender a las reglas y recurriendo a ellas solo al fundamentar la decisión, “es seguramente evidente que la mayor parte de las decisiones, como las jugadas de los jugadores de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a las reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones” (1961:175 [140-1]). En ambos casos se trataría de una crítica de carácter empírico-psicológico acerca de la relevancia causal de las reglas en la actividad decisoria del juez (cfr. LEITER, 1996:271; REDONDO, 1996:224).

ficción.¹⁸⁸ La fachada de justificación no fingiría entonces la aplicación de una norma que en realidad no influyó en el juez, sino solo disimularía las evaluaciones en el camino interpretativo de la regla a la decisión (a la inclusión o exclusión del caso concreto en el supuesto de hecho genérico de la regla). Esto explicaría, en mi opinión, por qué ROSS sólo expresa su posición acerca de la relación entre motivación y decisión cuando se ocupa de la interpretación y no cuando se refería a la vigencia de las normas.

Una segunda diferencia respecto de la postura de los realistas norteamericanos se refiere a la valoración política que ROSS hace sobre la técnica de argumentación que permite dar a la motivación de las decisiones una apariencia deductiva y presentar al juez como mero aplicador mecánico de la ley. Esa evaluación no es en absoluto crítica, como ocurría en cambio entre los realistas americanos y en general entre los juristas antiformalistas, que defendieron un estilo más franco o transparente de motivación. Verdaderamente ROSS es muy lacónico en su juicio sobre el estilo usual de argumentación judicial. Sólo constata que “la pretensión de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal”(1953:191) y agrega que no parece haber razón para preocuparse por la presencia de este “ficcionalismo” en la administración de justicia, “sea que el propio juez crea o no que la fachada de argumentación expresa lo que realmente motivó su decisión”, y que, incluso, “sin una investigación a fondo de psicología social, no nos animamos siquiera a negar que es probable que esa ficción tenga incluso efectos socialmente beneficiosos” (1953:191)¹⁸⁹.

¹⁸⁸ A esta conclusión llega BULYGIN: “Todo hace suponer que la invocación de una norma en los considerandos implica para él [Ross] que esa norma actúa como factor causalmente determinante de la decisión del juez” (1961:351). La presuposición de esta correspondencia se manifiesta en los conceptos que Ross propone de aplicación y de derecho vigente: En cuanto a la aplicación de una regla, ésta señala el autor “sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia *y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba*” (1953:69, las cursivas son mías). Respecto del segundo concepto, sostiene que “un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que *efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece*” (1953:61, cursivas agregadas).

¹⁸⁹ La opinión de ROSS sobre este punto recuerda a la que, según relata W. TWINING, habría sostenido un juez británico en una conversación con K. LLEWELLYN sobre la conveniencia de explicitar en la motivación las razones de *policy* que hubieran influido en el juez: “El argumento de Llewellyn fue desechado como un sin sentido ingenuo y pernicioso, al menos en relación al contexto inglés, sobre la base de dos consideraciones. Primero, que es importante mantener al menos una fachada de separación de poderes; y, segundo, que la principal fuente de la fortaleza en la actuación de los tribunales superiores en Inglaterra descansa en la intimidad y la confianza que subyace a las relaciones entre abogados y

6.4. El antiformalismo de Kelsen: una inflexión al final de la parábola

§77. *Kelsen antiformalista*. Contra lo que la caricatura habitual de KELSEN sugiere, su teoría del sistema jurídico y particularmente su teoría de la interpretación y la aplicación del derecho están muy lejos de los postulados del formalismo decimonónico. Al parecer esa caricatura comenzó a perseguir al autor tempranamente, pues ya en 1929 dedica un artículo a defenderse de las acusaciones de formalismo dirigidas a su teoría.

Allí sostiene, en primer lugar, que el juicio negativo de “formalismo” (equivalente según el autor a la imputación de un defecto de inadecuación o falta de conformidad a un fin) sólo puede ser referido a la praxis jurídica de interpretación y aplicación del derecho, o a una teoría prescriptiva relativa a esas tareas, pero no a una teoría que, como la teoría pura, “es sólo conocimiento del derecho positivo dado y no una prescripción para su justa producción”, que “no quiere dar instrucciones sobre cómo hacer buenas leyes ni ofrecer consejos acerca de cómo, sobre la base o en el marco de las leyes, se pueden tomar buenas decisiones y buenos pronunciamientos” y que por eso “toma en consideración sólo en pequeña medida el problema de la interpretación” (1929:40,49). Enseguida KELSEN aclara como, a semejanza de lo que habían hecho los movimientos antiformalista, la teoría pura del derecho también ha tomado posición contra la jurisprudencia de conceptos, “subrayando con fuerza que la *ciencia* jurídica no puede ser *fuentes* de derecho, que la deducción de *normas* jurídicas a partir de *conceptos* jurídicos es desnudo y crudo iusnaturalismo, que de un conocimiento del derecho positivo que no traspase sus límites no se puede obtener ni siquiera una migaja de nuevo derecho” (1929:42, cursivas del autor).

Finalmente, en el mismo artículo, nuestro autor se dedica a mostrar por qué es un “dato de hecho” que “la teoría pura del derecho no se encuentra en contraste con la llamada *escuela del derecho libre*”, presentando tres clases de argumentos (1929:47-8, cursivas del autor): a) “(E)s justamente la teoría pura del derecho la que, por primera vez, ha dado un fundamento teórico -con la intuición de la *estructura en gradas del ordenamiento jurídico*- a una de las posiciones principales de la escuela del derecho libre, a la tesis según la cual la llamada ejecución de la ley por parte de los tribunales y la administración es verdadera *creación* de derecho”; b) “(L)a teoría pura del derecho -apoyándose en los resultados de la escuela del derecho libre-subraya que sobre la base

magistrados, de manera que la comunicación se desarrolla en gran parte a través de suposiciones tácitas y sutiles matices que son precisamente lo opuesto del estilo intrincado y carente de encanto [*unglamorous*] que Llewellyn parecía defender” (TWINING, 1973:228).

de la ley, en el marco de la ley, es posible una pluralidad de normas individuales, de decisiones o pronunciamientos”, todas las cuales “deben necesariamente, desde el punto de vista cognoscitivo, ser consideradas de igual valor, aunque sólo una de ellas pertenece al sistema de derecho positivo por el hecho de haber sido puesta y de tener fuerza jurídica. La elección no puede ser resultado del *conocimiento*, menos aún del conocimiento de la ley, sino de un *acto de voluntad*”; y c) En cuanto a “la concepción según la cual los jueces y funcionarios administrativos se encuentran vinculados por la ley sólo en una medida bastante limitada” señala KELSEN que “(e)s necesario observar (...) que la teoría pura del derecho ha hecho referencia, de manera particular, a la función que la institución de la *fuerza jurídica* de la norma individual asume desde el punto de vista de su relación con la norma general. Ello quiere decir sanción jurídica también de la norma individual contraria a la ley y tiene como resultado la teoría, desarrollada por la doctrina pura del derecho, del *ordenamiento jurídico doble*”.

Como se puede ver y como confirman también sus obras posteriores, KELSEN comparte (al menos parcialmente) la tesis de la indeterminación del derecho sostenida por las corrientes antiformalistas¹⁹⁰. El único punto en que el autor se distancia explícitamente de ellas está representado por su rechazo a la concepción, supuestamente realista (la referencia clásica es a J.C. GRAY, 1909), que identificaría todo el derecho con las decisiones judiciales, negando cualquier significación a las normas jurídicas generales. Marcando esa diferencia, KELSEN intenta presentar su teoría como una vía intermedia entre el realismo judicialista y el formalismo tradicional:

La teoría surgida en el terreno del *common-law* angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquélla que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho (Kelsen, 1960: 263)¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cfr. KELSEN (1945:171-2) y (1960:277). Aunque KELSEN admite la indeterminación que resulta de la existencia de diversas interpretaciones posible de una norma, niega sin embargo la existencia de lagunas normativas –y se aleja, por consiguiente en este punto de los planteamientos de los movimientos antiformalistas (cfr. 1945:174ss. y 1960:254ss.).

¹⁹¹ Vid. también KELSEN (1945:178ss.).

Es discutible que la teoría kelseniana logre efectivamente cumplir ese rol mediador. Ella revela, por el contrario, en varios aspectos, a un KELSEN francamente realista. Así ocurre, por ejemplo, con su tesis de la cláusula alternativa tácita, a la que hace referencia el tercero de sus argumentos contra su calificación como formalista consignados más arriba,¹⁹² y así ocurre también con su concepción de la interpretación jurídica, en cuanto niega, sin ofrecer argumentos que respalden esa conclusión, que el derecho pueda determinar por completo en algún caso la decisión judicial¹⁹³. En este sentido, hay otros autores, como H. HART, que en cuanto proponen (como veremos más adelante, *infra* 10.3.) una alternativa crítica a la tesis de la indeterminación radical del derecho parecen ocupar más claramente la posición intermedia que KELSEN reivindicaba. Sin embargo, hay un aspecto de la teoría de KELSEN que expresa cierta moderación¹⁹⁴ y que nos interesa destacar en cuanto aporta una perspectiva respecto de la decisión judicial que no encontrábamos en los análisis realistas. Ese aspecto señala un leve (y, como se verá enseguida, algo paradójico) giro final en la parábola que describe la historia de la motivación de las sentencias.

§78. *La pregunta por el fundamento de la validez y el silogismo judicial.* Una vez constatada la indeterminación del derecho y el carácter creativo de la decisión judicial, las preguntas que interesan al realismo son fundamentalmente preguntas fácticas, relativas a los factores que, más allá de las normas jurídicas, influyen *de hecho* en la decisión del juez y permiten predecirla. Aun en el caso de las propuestas normativas del realismo norteamericano, ellas sólo miran a una expresión más transparente en la motivación de las causas efectivas de la decisión.

El hecho de que un cierto factor intervenga causalmente en la determinación de la decisión del juez no lo transforma, sin embargo, en buena razón para la decisión. Esta diferencia conceptual entre causa y fundamento, entre razón explicativa y razón

¹⁹² Cfr. KELSEN (1960:217, 275-6). Son numerosas las críticas que se han dirigido contra esta tesis, que al no distinguir entre validez y vigencia o existencia de la norma inferior *contra legem*, termina por privar a todas las normas generales de su carácter normativo, pues vuelve todo curso de acción elegido por el juez (o, en el caso de las normas constitucionales sustantivas, por el legislador) conforme con la norma general, que de este modo, no puede ser infringida o violada. Entre otros análisis críticos, cfr. RUIZ MANERO (1990:65) y (1995), GIANFORMAGGIO (1993:32) y SERRANO (1999:45-6).

¹⁹³ Cfr. C. LUZZATI (1990).

¹⁹⁴ Una moderación que cabe relacionar con la influencia de Kant en la formación del autor (sobre la cual vid. BULYGIN, 1980), que frena en parte sus impulsos positivistas hacia el empirismo realista.

justificativa (sobre la que volveremos extensamente en la segunda parte de este estudio, *infra* 9.2.), no parece haber sido considerada debidamente por el realismo, que no se ocupó sino muy marginalmente de la justificación de la decisión judicial (vid. *infra* 9.4.). El análisis de KELSEN conserva, en cambio, un espacio para la pregunta normativa por el fundamento de la decisión judicial y vuelve a atribuir, en ese espacio, una función a la figura del silogismo judicial.

La tesis que KELSEN sostiene es que si bien la validez de la norma individual expresada en una sentencia judicial no puede ser deducida lógicamente de la validez de una norma general, la fundamentación de la validez de esa norma (una vez que se presupone su imposición mediante un acto de voluntad) sí entraña un procedimiento silogístico¹⁹⁵.

No es posible hablar de deducción de la validez de la norma individual, en primer lugar, explica KELSEN, por razones exquisitamente lógicas, pues el juicio de validez de una norma supone que ha tenido lugar el acto de voluntad que la produce y la existencia de ese acto no puede ser inferida de la validez de la norma general que autoriza su producción¹⁹⁶. Adicionalmente, desde el punto de vista de la naturaleza del proceso de decisión judicial, “aun cuando la sentencia judicial pudiera emanar lógicamente de la validez de la norma general a aplicar, ello sólo podría ocurrir sólo en medida limitada, pues existe siempre una discrecionalidad del órgano aplicador de derecho y, si el contenido de la norma individual recae al interior de esa

¹⁹⁵ Cfr. KELSEN (1945: 407), (1960:210 y 248), (1965:83ss. y 89-90) y (1979:392-3 y 403ss.). Como es sabido, en 1962, con la publicación del artículo “Derogation”, KELSEN cambia de posición en torno a la cuestión de la aplicabilidad de principios lógicos a las normas. Respecto de la tesis que estamos analizando este cambio no tiene mayor trascendencia, salvo porque a partir de entonces KELSEN precisa que el silogismo fundamentador de la validez de una norma es un silogismo teórico y no uno práctico o normativo (algo que no resultaba del todo claro en las formulaciones anteriores de la tesis). En términos generales concordamos con autores como RUIZ MANERO (1990: 11, 83-4) y MAZZARESE (1996:44) que consideran que, sobre todo desde el punto de vista de la posición normativa de los órganos jurisdiccionales, el giro del último KELSEN no fue en absoluto radical (como en cambio ha sostenido LOSANO, 1985, que ve en ese cambio un vuelco del logicismo al irracionalismo).

¹⁹⁶ “La validez de la norma individual no puede ser deducida de la validez de la norma general, así como la verdad de una aserción general se deduce la verdad de una aserción individual, porque la validez de la norma individual no se encuentra implícita en la validez de la norma general, como sí ocurre con la verdad de la aserción individual en relación a la verdad de la aserción general” (KELSEN, 1979:393): el acto de voluntad del que la norma individual es el sentido, no está implícito en el acto de voluntad del que la norma general es el sentido.

discrecionalidad, no se puede hablar de una deducción lógica por el hecho que esta parte de la norma individual no puede estar implícita en las premisas”¹⁹⁷.

Pero una vez que suponemos que la norma individual ha sido dictada, entonces sí es posible fundar su validez en la validez de la norma general que el tribunal debe aplicar, a través de un argumento deductivo. Ese argumento tiene la forma de un silogismo teórico,¹⁹⁸ en el que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo clásico del silogismo judicial, la norma particular no es su conclusión sino que una de sus premisas:

“PREMISA MAYOR: El sentido subjetivo de un acto de voluntad de un tribunal, es decir de una orden dirigida al comportamiento de otro, es también su sentido objetivo, es decir, una norma válida, si el acto ha sido autorizado por una norma válida.

PREMISA MENOR: a) Es válida una norma general por la cual si un tribunal ha establecido un hombre ha robado, el tribunal debe emanar un acto cuyo sentido subjetivo sea que ese hombre debe ser puesto en prisión por un órgano ejecutivo; b) Un tribunal competente ha establecido que Schulze ha robado y ha emanado un acto cuyo sentido subjetivo es que el ladrón Schulze debe ser puesto en prisión.

CONCLUSION: El sentido subjetivo del acto del tribunal, por el que Schulze debe ser puesto en prisión es también su sentido objetivo; es decir, una norma jurídica” (KELSEN, 1965:89-90).

Al desarrollar este argumento, KELSEN no intenta ofrecer un modelo de motivación de la decisión judicial. De hecho, la motivación es una institución completamente ausente en los planteamientos del autor, quien utiliza el concepto de sentencia para referir únicamente a su parte dispositiva¹⁹⁹. Paradójicamente, sin embargo, mientras esa ausencia señala el fondo en la curva parabólica que traza la historia de la motivación, al mismo tiempo la recuperación de la pregunta por el fundamento de la decisión y la exclusión de la sola referencia al acto de voluntad a través del cual se produce la norma individual como una respuesta adecuada señalan un punto de inflexión levemente ascendente. El cambio de perspectiva respecto del realismo es notorio: como sea que el juez arribe a su decisión, cualesquiera que sean las causas de ese acto de voluntad, la pregunta por su justificación –esto es, la pregunta por el fundamento de la validez de la norma individual que produce- sólo puede

¹⁹⁷ KELSEN (1979:395-6).

¹⁹⁸ Vid. *supra* nota 195.

¹⁹⁹ Cfr. sobre esa ausencia BULYGIN (1966:356-7), GUASTINI (1986:106) y RUIZ MANERO (1990:31). En las escasas referencias que hace a la motivación de las sentencias, en un par de notas a pie de página de la *La teoría general de las normas* (1979:416-7, 445, 450) parece identificarla, sin embargo, con la fundamentación de la validez de la norma individual.

encontrar respuesta en su conformidad con la norma general que ha autorizado su producción. El acto de voluntad es *condición* de la validez de la norma individual, pero no su *fundamento*²⁰⁰ .

Cómo se reestablece la relación de fundamentación entre la norma individual y una norma jurídica general una vez que admitimos la indeterminación del derecho, es algo que KELSEN no se ocupa de responder. Pero queda de ese modo planteada una cuestión que es necesario abordar si se busca reconstruir un sentido para la motivación de las decisiones judiciales. Esa es, precisamente, la tarea que emprenderemos en la segunda parte de este estudio.

²⁰⁰ Cfr. KELSEN (1960:201-2), donde distingue entre *conditio sine qua non* y *conditio perquam*, y (1979:267).

7.

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

7.1. Genealogía de la motivación y modernidad

§79. *Motivación y racionalización de las pruebas.* La genealogía de la motivación de las sentencias nos ha enseñado que esa institución presenta vínculos significativos con diversos ingredientes de la modernidad jurídica y política, que no orientan necesariamente su sentido y sus funciones en una misma dirección. En primer término, sin la racionalización que supuso el abandono de los mecanismos irracionales de prueba y la configuración de la sentencia como decisión deliberada y fundada en un saber relativo a las pruebas y al derecho, la exigencia de motivación resultaba inconcebible. Tras ese paso, característico de los albores de la modernidad, la suerte de la institución dependió de distintos factores que presionaron a favor o en contra de la expresión por el juez de esos fundamentos que, a partir de entonces, se debían suponer tras toda decisión judicial.

§80. *Motivación y autoridad judicial.* Uno de esos factores está constituido por las ideas dominantes sobre el fundamento de la autoridad judicial y sus expresiones institucionales. Mientras esa autoridad fue presupuesta y su fundamento fue reputado sacro e indiscutible por el público profano, no tenía sentido exigir del juez la justificación pública de su ejercicio. Sólo con el avance del proceso de secularización hacia un modelo general de dominación legal-racional (WEBER, 1922:510ss.) y con la afirmación de un fundamento públicamente controlable para la autoridad del juez, la

motivación de las sentencias pudo adquirir el sentido de una rendición pública de cuentas sobre la legitimidad del ejercicio de su poder. De este modo tomaba forma el significado *extra-procesal* (TARUFFO, 1975:465ss.) de la motivación, enlazado tanto con la centralidad que asume el principio de legalidad en los nacientes Estados liberales, como con la expansión de una concepción republicana y democrática de la poder político.

§81. *Motivación y organización judicial.* Esta ánima de la motivación como justificación pública del ejercicio de la autoridad del juez marca la distancia entre su institucionalización definitiva en los Estados liberales que reciben la influencia de la ideología revolucionaria francesa y la vigencia de exigencias de motivación durante el antiguo régimen. Estas últimas dan cuenta de otra faceta moderna de la institución, ligada a las políticas de centralización y burocratización que, en el proceso de formación de los Estados modernos, marcaron el avance del absolutismo. Esas políticas vieron en la imposición de exigencias de fundamentación una herramienta funcional al establecimiento de mecanismos de control oficiales sobre la decisión del juez, que tendieron a sustituir a los controles subjetivos dirigidos a su comportamiento. Este segundo sentido moderno de la motivación de las sentencias está ligado entonces a lo que, siguiendo de nuevo a TARUFFO (1974:292 y 1975:328), podemos llamar su función *endo-procesal*.

§82. *Motivación y precedente.* Por último, la historia de la fundamentación de las sentencias muestra que la presencia y la publicidad de los motivos fue estimulada por el desarrollo de prácticas de respeto a los precedentes judiciales, como ocurrió particularmente en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona. Desde esta perspectiva, la motivación pública de las sentencias adquiere el sentido de expresar un compromiso con las razones generales que fundan una decisión particular y cumple una función instrumental a la justicia formal y la certeza del derecho, que son valores ligados a la tutela de la autonomía individual y característicos de la cultura política y jurídica de la modernidad.

7.2. Motivación y diferenciación de los sistemas jurídicos

§83. *Genealogía de la motivación y autonomía del derecho.* Los diversos sentidos en que la motivación de las sentencias se presenta como una institución característicamente moderna tienen en común su nexos con el proceso histórico de

diferenciación del sistema jurídico y de la función judicial. Ese proceso de diferenciación histórica, distintivo de la modernidad, culminaba en el proyecto liberal con la afirmación del principio de legalidad, la institucionalización de la separación de poderes, la distinción entre legislación y jurisdicción y el deber judicial de fundar las sentencias en (y solamente en) normas jurídicas²⁰¹.

Esas transformaciones institucionales aspiraban a hacer de la decisión judicial la aséptica y neutral conclusión de una inferencia lógica cuyas premisas fueran, por una parte, la norma jurídica aplicable y, por otra, la afirmación y calificación jurídica de los hechos del caso. La exigencia de motivación de las sentencias requería al juez hacer público ese razonamiento deductivo y dar cuenta de la norma jurídica que constituyera el fundamento de la decisión.

§84. *Motivación y refuerzo de la autonomía del razonamiento jurídico.* Con la ayuda del análisis funcional es posible concluir que, en el marco de ese proceso histórico de diferenciación de los sistemas jurídicos y de la función judicial, la motivación aparece como una institución que refuerza el cierre normativo del sistema jurídico, en la medida que reafirma el postulado conforme al cual el juez debe razonar en derecho, sin salir del derecho. La fundamentación de la sentencia debe exhibir públicamente que eso es lo que el juez ha hecho frente a un caso particular. Ella garantiza, en otras palabras, que la solución a los casos jurídicos la determina el derecho y no el hombre-juez.

7.3. Crisis de la autonomía del razonamiento jurídico y escepticismo frente a la motivación

§85. *La indeterminación del derecho y de la decisión judicial.* La naturaleza puramente simbólica del refuerzo que las motivaciones de estilo deductivo significaban para el postulado de la autonomía del razonamiento jurídico, fue puesta de manifiesto

²⁰¹ La hipótesis general de la teoría contemporánea de sistemas es que la diferenciación de un sistema siempre va acompañada de una diferenciación funcional interna. La diferenciación del derecho confirma esa hipótesis. En efecto, al interior de los sistemas feudales de decisión –donde convivían elementos religiosos, morales y sociocomunitarios– se fueron diferenciando los sistemas jurídicos. Esto es, sistemas con la capacidad interna de producir sus propias normas a través de redes de normas internas (fuentes) y autónomas de las normas del entorno. Pero al mismo tiempo que esto sucedía en el plano de las relaciones entre el derecho y la sociedad, en el interior de los sistemas jurídicos tenía lugar otra diferenciación: aquella entre función legislativa y función judicial.

al terminar el siglo XIX y comenzar el XX por los diversos movimientos teóricos que formaron parte de la “revuelta antiformalista”. Lo que la motivación pretendía certificar -que había una única norma jurídica aplicable de la que se seguía unívoca y necesariamente la solución correcta al caso particular- resultaba ser sólo una ilusión provocada por un estilo lineal de fundamentación, que borraba cualquier huella de las controversias interpretativas que hubieran podido tener lugar en el proceso. Pues el supuesto de un derecho determinado y autosuficiente no resistía el contraste con la inevitable vaguedad de los conceptos jurídicos y con la admisión, en las prácticas jurídicas analizadas, de una pluralidad de argumentos o cánones interpretativos que permitían reconstruir de diferentes maneras una misma disposición legal o un mismo precedente judicial.

Contra la imagen formalista de un juicio judicial puramente cognoscitivo, se ponían de relieve entonces los espacios de elección y la influencia determinante de las valoraciones personales del juez. Esta advertencia puede ser leída, con la ayuda, nuevamente, del análisis funcional, como un llamado de atención sobre el carácter cognitivamente abierto del sistema jurídico. La apertura cognitiva hace referencia al hecho que en derecho se argumenta con palabras del lenguaje natural que tienen un significado, unas reglas sintácticas y unas connotaciones pragmáticas, extra o meta jurídicas. Por lo tanto, el sentido de la argumentación está fuera del derecho. Las buenas razones de la interpretación están fuera, aunque los textos interpretados estén dentro.

Con todo, las advertencias del antiformalismo dieron lugar, en la cultura jurídica de la época, a varias perplejidades, que afectaron también el sentido político-jurídico de la motivación de las decisiones judiciales.

§86. *El escepticismo frente a la motivación.* Si el juicio judicial no podía consistir en un simple silogismo, la conclusión natural a la que se arribaba es que las motivaciones de estilo deductivo, tan frecuentes en la práctica jurídica, no podían ser, como pretendía la teoría formalista de la decisión judicial, un reflejo fiel del razonamiento decisorio del juez. Esa clase de motivación es concebida entonces por los autores antiformalistas como una mera “fachada de justificación”, una “racionalización *a posteriori*” adaptada retóricamente a la concepción dominante acerca del rol judicial, que ocultaba sin embargo los verdaderos factores determinantes de la decisión.

§.87 *En busca de una motivación más “transparente” de las decisiones judiciales.* ROSS es el único de los críticos de la teoría formalista de la decisión judicial que no enjuicia negativamente el recurso, en el estilo usual de fundamentación, a la ficción que

la decisión se sigue necesaria y objetivamente de la norma jurídica invocada. Incluso llega a sugerir que esa ficción puede tener efectos socialmente beneficiosos.

Los realistas norteamericanos, así como los demás antiformalistas europeos, se oponen, en cambio, tenazmente, a ese estilo de motivación. A su juicio un modelo de fundamentación en el que fueran francamente explicitados los factores determinantes de la decisión podría permitir el acceso público, así como el uso crítico y regular de esos factores, y favorecer, por consiguiente, la previsibilidad de las decisiones judiciales futuras –que es, al menos para los realistas, aquello que es posible salvar del viejo ideal de la certeza jurídica.

§88. *El final de la parábola: hacia la distinción entre causa y fundamento de la decisión judicial.* Nuestro recorrido a lo largo de la historia de las sentencias motivadas se cierra con los planteamientos de KELSEN. Ellos señalan, paradójicamente, el fondo y el punto de inflexión en la caída de la parábola de la motivación.

Por una parte sus tesis son radicalmente escépticas y, así, afirma que la aplicación judicial del derecho supone en todo caso un rango de elección discrecional. En esa misma línea, su interés en destacar el sentido en que la decisión judicial implica la creación de una norma jurídica particular, le lleva a identificar la sentencia con su parte dispositiva, omitiendo por completo la presencia y el sentido de la motivación.

Por otra parte, sin embargo, KELSEN conserva un espacio a la pregunta por el fundamento de la decisión judicial y enfatiza la distinción conceptual –ausente en los planteamientos realistas- entre esa pregunta y aquella que se refiere a los factores causales que han determinado el acto de voluntad del juez. La respuesta de KELSEN a la pregunta por el fundamento de validez de las decisiones judiciales no resuelve cómo se reestablece la relación justificativa entre norma general y norma individual una vez que admitimos la indeterminación del derecho. Pero nos deja armados de una valiosa distinción conceptual y de una incógnita precisa para abordar, en la segunda parte de este estudio, la reconstrucción del sentido político-jurídico de la motivación.

SEGUNDA PARTE

La motivación de las sentencias en la estación del desencanto

8. LAS PREGUNTAS ABIERTAS TRAS EL ANTIFORMALISMO

8.1. Las implicaciones de la tesis de la indeterminación

§89. *La epidemia escéptica.* La primera impresión de un lector contemporáneo tras conocer los planteamientos del realismo podría llevarle a pensar que los realistas no hicieron sino mostrarnos “que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo” -como respondía un estudiante de derecho en los Estados Unidos a la pregunta sobre qué sabía del realismo jurídico²⁰². Desde esta perspectiva, los realistas –y los demás movimientos que participaron de la “epidemia de sinceridad” que constituyó según Luigi LOMBARDI (1967:369) el antiformalismo– se habrían limitado a desmitificar la absurda imagen del juez como una máquina de calcular y a señalar la inevitable cuota de subjetividad introducida en la aplicación del derecho por el solo hecho de la humanidad del juez.

Si bien es cierto que la imagen formalista del derecho y de la decisión judicial resulta hoy sorprendentemente ingenua –y que, en ese sentido, puede ser cierto que

²⁰² J. BOYLE (“The politics of reason: Critical Legal Theory and local social thought”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, 1985, 685-780, p.692), cit. en J. A. PÉREZ LLEDÓ (1996:240).

“todos somos realistas ahora”²⁰³-, de eso no se sigue que el descubrimiento de sus insuficiencias pueda ser calificado como la revelación de una verdad trivial.

En primer lugar, porque aunque admitamos las insuficiencias de la imagen formalista del derecho, la instalación de una nueva imagen del derecho en la cultura jurídica es un proceso largo y complejo. Esas incertidumbres sobre la imagen adecuada del derecho que debería sustituir a la imagen formalista se expresan también en la viva discusión sobre la naturaleza del derecho y de la argumentación jurídica que ha seguido a la revuelta antiformalista. Tan arduos son los desafíos que la tesis de la indeterminación del derecho ha planteado en este ámbito, que ni siquiera ha resultado pacífico resolver si lo que se debe abandonar es sólo la imagen de un derecho *more geometrico* o también la imagen, más modesta, del derecho como una práctica que supone la existencia y el seguimiento de reglas. Pues aunque los realistas no hayan estado empeñados en desarrollar una teoría conceptual del derecho (*supra* §64), de sus planteamientos sobre la indeterminación normativa parece seguirse que no hay en definitiva más derecho determinado que el conjunto de normas individuales establecidas por las decisiones judiciales²⁰⁴. De modo que la fijación del alcance del virus escéptico (por seguir con las metáforas clínicas) desencadenado por la tesis realista de la indeterminación del derecho abre, como se puede ver, preguntas que no son en absoluto triviales.

Tampoco son triviales los esfuerzos que requiere el acomodo de los modelos jurídico-políticos formados inicialmente sobre el fondo de la imagen formalista del derecho a los incómodos espacios de deliberación política que deja entrever la rendija abierta por el realismo hacia la subjetividad del juez. Claro está que si la indeterminación del derecho fuera radical, de modo que cualquier conducta pudiera ser vista como un acto de seguimiento de una regla bajo una cierta interpretación, la idea de sometimiento a derecho carecería de sentido y el modelo jurídico-político del Estado de derecho resultaría un ideal imposible. Pero incluso bajo una versión menos extremada de la indeterminación jurídica, el reconocimiento de espacios de discrecionalidad en la decisión del juez suscita graves preguntas en torno a la posibilidad de fundar la legitimidad de su poder solamente en su sujeción a derecho. Preguntas que a su vez provocan otras sobre su posición en el diseño institucional estatal, pues si el juez no puede ser más la boca muda de la ley, entonces no parece tan

²⁰³ Como reza el célebre eslogan, muy difundido en la cultura jurídica estadounidense (cfr. PÉREZ LLEDÓ, 1996:255ss.).

²⁰⁴ Cfr. J. J. MORESO (1997:206-7).

sencillo confiar a ese poder, que no puede ser pensado ya como “poder de algún modo nulo”, la garantía última de la legalidad y de los derechos frente a los demás poderes²⁰⁵.

§90. *La hermenéutica de la sospecha.* Todas esas preguntas repercuten por cierto en la comprensión de la exigencia de motivación de las sentencias.

La crítica a la validez de la concepción silogística de la decisión judicial como modelo del proceso psíquico de decisión podía impulsar una erosión de la confianza en la motivación de las sentencias, al poner en duda la posibilidad de un método de razonamiento capaz de llevar al juez a una conclusión objetiva a partir del sistema de normas jurídicas, que pudiera ser expresado luego en la motivación con transparencia, para permitir a las partes y al público volverlo a recorrer y llegar a la misma inevitable conclusión. Pues sin un método para la decisión y la motivación no parece fácil seguir contando con ésta última como garantía frente al juez.

De este modo, la actitud frente a la fundamentación de las sentencias que parece natural tras ese descubrimiento es la “hermenéutica de la sospecha” a la que se ha hecho referencia Duncan KENNEDY (1997:55). Esa actitud, inaugurada por los realistas²⁰⁶, se caracteriza por la suspicacia frente a las razones jurídicas declaradas en la motivación y la sospecha de la existencia de otros motivos, los verdaderos motivos de la decisión, tras la simulada objetividad de la sentencia. Difícilmente esa mirada escéptica podrá ver en la fundamentación de las decisiones judiciales (al menos en aquella de estilo silogístico) una herramienta de control del poder del juez. Quizás podrá reconocer a la motivación –siempre que el virus de la sospecha no se propague demasiado- la función ideológica de favorecer la reproducción de una falsa conciencia sobre el carácter determinado del derecho, al confirmar a través de un lenguaje aséptico y una estructura deductiva la expectativa pública de una respuesta judicial cierta. Se podría admitir, en ese sentido, que la motivación de las sentencias constituye un mecanismo más o menos relevante para conseguir la *legitimación* del poder del juez. Pero está claro que la motivación y su demostración de la corrección jurídica de la decisión, no podrá convencer ya de la *legitimidad* del ejercicio de ese poder, pues se sospechará que el juez ha podido elegir entre más de una alternativa de decisión

²⁰⁵ Sobre el nexo entre el rol conferido a la magistratura en la organización iuspolítica moderna y la representación ideológica de la actividad interpretativa como actividad mecánica y puramente técnica, así como al modo en que ésta permitía evitar la aporía de *quis custodiet ipsos custodes* cfr. G. TARELLO (1974b) y R. GUASTINI (1990b:187-8).

²⁰⁶ KENNEDY habla del “nacimiento del virus” (1997:81), recurriendo curiosamente a otra metáfora clínica. Vid. *supra* §69.

justificable y, si ese es el caso, ese poder de elección del juez no puede encontrar fundamento de legitimidad en el derecho²⁰⁷. Ese poder permanecerá desnudo y libre de control, oculto tras la “fachada de justificación” que ofrece la motivación.

§91. *La reconstrucción de un sentido para la motivación.* Es posible, sin embargo, que el escepticismo no sea la única actitud posible frente a la motivación. La hipótesis que se sostendrá en la segunda parte de este estudio es que tras la crisis de la imagen formalista del derecho y de la decisión judicial, la motivación de las sentencias no sólo sigue teniendo sentido como garantía frente al juez, sino que el significado político-jurídico de esa institución resulta fortalecido. Sostendremos que cuando se admite la existencia de espacios de deliberación y elección abiertos a la decisión del juez, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales resulta entonces justificada y requerida en el contexto del modelo jurídico político del Estado constitucional de derecho.

Esa hipótesis permitiría explicar y a la vez dar sustento a la vitalidad que la motivación de las sentencias muestra de hecho, en términos generales, en las actuales democracias constitucionales²⁰⁸. Y es que en contraste con el pesimismo que sugiere la hermenéutica de la sospecha, la práctica jurídica en las democracias constitucionales parece seguir atribuyendo a la motivación de las decisiones un sentido garantista. Así, por ejemplo, en varios sistemas jurídicos se ha reforzado el alcance o bien el rango jerárquico de la exigencia de fundamentación (o ambos conjuntamente, como ha ocurrido en el caso del sistema jurídico español, donde su consagración constitucional en la carta de 1978 ha servido como impulso a una interesante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha ampliado progresivamente su alcance –aunque no sin vacilaciones- en tanto dimensión del derecho a una tutela judicial efectiva y garantía de

²⁰⁷ Sobre la diferencia conceptual entre el nivel descriptivo de la “legitimación” y el nivel normativo o valorativo de la “legitimidad” cfr. S. CASTIGNONE (1985) y J. C. BAYÓN (1991:605ss.).

²⁰⁸ Esta vitalidad abarca tanto a los ordenamientos jurídicos europeos –en el continente y en Inglaterra- como a los latinoamericanos (cfr. TARUFFO, 1990:1 y 2001:29). El único entre los ordenamientos occidentales que parece quedar relativamente al margen es el de los Estados Unidos de Norteamérica, donde, como señala TARUFFO, “no sólo falta una exigencia expresa de motivación, si no además la praxis de motivación espontánea está lejos de ser generalizada” (1990:1); “a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra –agrega el mismo autor- en los Estados Unidos la motivación de la sentencia no se encuentra siquiera de hecho garantizada: las opiniones doctrinales tendientes a configurar la motivación como requisito de un *fair trial* siguen siendo minoritarias, aunque expresan una difundida sensibilidad por el problema, y el único pronunciamiento en esa dirección de la Corte Suprema (*Golberg v. Kelly*, de 1970) no ha constituido sino una decisión aislada y sin efectos” (1990:2).

otros derechos constitucionales, tales como la presunción de inocencia y la igualdad en la aplicación de la ley)²⁰⁹. En otros casos ha habido cambios en el estilo argumentativo de los tribunales que han sido saludados con aprecio por los juristas²¹⁰. Y en términos generales parece haber cierto acuerdo en la teoría jurídica y en la doctrina constitucional y procesal comparada en torno a la relevancia de la exigencia de motivación en la definición del rol institucional de la judicatura²¹¹.

Lo que intentaremos en la segunda parte de este estudio es, entonces, explorar si hay fundamento para este optimismo frente a la motivación de las sentencias. En la próxima sección anticiparemos cual será nuestro itinerario de viaje.

8.2. La motivación de las sentencias en la estación del desencanto

§92. *En busca de la justificación judicial.* La cuestión central a discutir para determinar si hay un sentido posible para la motivación en la estación del desencanto es, a nuestro juicio, la de la inteligibilidad de la noción de justificación de una decisión judicial, así como el modo en que esa noción resulta comprometida por la tesis de la

²⁰⁹ Cfr. TARUFFO (1990:1). Un trabajo reciente que ofrece una muy buena panorámica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la exigencia de motivación es el de IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ (2003).

²¹⁰ Vid. SUMMERS y TARUFFO (1991:490ss.), TARUFFO (1997:448ss.), BANKOWSY, MACCORMICK, MORAWSKI y RUIZ MIGUEL (1997:496-7) y también las partes pertinentes de los trabajos comparativos sobre las prácticas justificatorias de diversos países, contenidos en MACCORMICK y SUMMERS (1991).

²¹¹ Es usual en el contexto europeo –tanto en el continente como en Inglaterra– que se reconozca a la exigencia de motivación un significado iusfundamental (como aspecto de un derecho fundamental y/o como garantía de otros derechos: vid., por ejemplo, CARETTI, 1990, TARUFFO, 1990:1, HO, 2000 y COLOMER HERNÁNDEZ, 2003:72ss. y 141ss.; así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. por ejemplo las sentencias 1994/4, 1995/5 y 1998/3), aunque se discute su alcance (vid., por ejemplo, VERDE, 2000, sobre el debate abierto en Italia en torno a la posibilidad de atenuar para ciertas sentencias civiles la exigencia de motivación). Es interesante notar que en algunos planteamientos doctrinales se encuentra explícitamente presente la intuición básica –en que se apoya también nuestra hipótesis de trabajo– de la existencia de un nexo entre mayor (reconocimiento de la) discreción del juez y mayor importancia de la exigencia de fundamentación. Así, por ejemplo, Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ sostiene en su reciente libro sobre la motivación de las sentencias que “(l)a intensidad del deber de justificación aumenta de manera directamente proporcional al grado de libertad concedido por la ley. A mayores posibilidades de elección reconocidas al juzgador mayores habrán de ser las exigencias que deba cumplir la justificación de la decisión tomada” (2003:334).

indeterminación jurídica. Pues solamente si tiene sentido hablar de justificación de una decisión, puede tener entonces sentido su expresión pública a través de la motivación.

La definición de este punto de partida supone insistir en un concepto justificativo de la motivación de las decisiones judiciales y excluir como inconducentes otros caminos para intentar recuperar un sentido para esa institución que no sean consistentes con ese concepto. Eso hace necesario entonces, como primera parada en nuestra travesía, considerar críticamente la propuesta de una motivación judicial más transparente, que fue defendida por el realismo, e insistir en la necesidad de una clara distinción entre los conceptos de razonamiento decisorio y razonamiento justificativo del juez.

§93. *El inconducente reclamo de una motivación transparente.* Como se recordará, a pesar de sus sospechas los realistas no fueron del todo pesimistas respecto de la motivación de las sentencias (*supra* §70). De hecho consideraron que esa institución podría cumplir una función significativa siempre y cuando se avanzara hacia una práctica de argumentación judicial más transparente y la motivación dejara de ser una fachada ocultadora para volverse una cuenta pública de los verdaderos motivos de la decisión.

El próximo capítulo lo dedicaremos a examinar porqué la sola demanda de una fundamentación transparente de las decisiones judiciales –un reclamo que sigue teniendo, según veremos, significativos ecos actuales- no constituye un camino viable para restablecer la confianza en el sentido institucional de la motivación. Lo que intentaremos mostrar es que la motivación de las sentencias no puede ser concebida sino como un discurso justificativo, de manera que lo que resulta relevante no son las *causas* o los *motivos* efectivos de una decisión judicial, sino sus *razones justificativas*. Es por eso que la única vía para restituir un sentido a esa institución pasa por resolver si, una vez abandonada la imagen formalista del derecho, sigue siendo inteligible la noción de *razones justificativas válidas* de una decisión judicial. No es posible, según veremos, eludir esta cuestión a través, solamente, de algún requerimiento al juez de sinceridad al motivar.

§94. *La aporía de la justificación judicial.* Una vez reafirmado el concepto justificativo de motivación y descartado el atajo de la transparencia para avanzar hacia la reconstrucción de su sentido jurídico-político, nos corresponderá explorar, en el capítulo décimo, si tras la revuelta antiformalista se puede considerar posible y en qué términos la justificación de las decisiones judiciales.

El asunto fundamental que allí nos ocupará será el de determinar si la tesis de la indeterminación del derecho da o no lugar a una aporía insalvable para la noción de justificación judicial. En principio, si suponemos que la solución a un caso jurídico individual se encuentra justificada si y sólo si se funda en una norma jurídica general y entendemos que esto significa que sólo las normas jurídicas constituyen razones justificativas válidas de una solución jurídica individual, la tesis de la indeterminación del derecho parece dar lugar efectivamente a una aporía insuperable, pues en situaciones de indeterminación la justificación jurídica de la solución individual se volvería imposible. Puesto que por definición cuando el derecho resulta indeterminado la solución jurídica individual no puede fundarse en una norma jurídica (en caso de lagunas) o bien no puede fundarse sólo en una norma jurídica (en caso de antinomias o de incertidumbres interpretativas), resulta imposible entonces en esos casos el cumplimiento de la restricción que limita el ámbito de las razones justificativas válidas a las normas jurídicas.

Como se puede ver, bajo esa concepción de la justificación de una solución jurídica individual es necesario, para que ella sea posible, que exista para todo caso jurídico una y sólo una respuesta correcta conforme a derecho. De modo que para salir de la aporía sólo parece haber dos caminos. O bien conseguimos mostrar que la tesis de la indeterminación jurídica no es correcta y que el derecho ofrece efectivamente – aunque no del modo simple que suponía el formalismo- una sola respuesta correcta para todo caso jurídico. O bien lo que queda es intentar romper el vínculo conceptual entre la justificación judicial y la demostración de la corrección de una única respuesta.

Esta última es, en definitiva, la vía que se sugerirá, tras considerar las aportaciones de las diversas teorías que discuten sobre la (in)determinación del derecho y la argumentación jurídica, al final del capítulo décimo. Se procurará ofrecer entonces una concepción de la justificación de las decisiones judiciales que sea compatible con un derecho que no determina siempre con certeza los resultados de los casos jurídicos.

§95. *La publicidad de la justificación judicial.* Una vez que contemos con esa concepción de la justificación jurídica de las decisiones judiciales podremos discutir sobre las razones a favor de exigir su expresión pública a través de la motivación de las sentencias. A eso dedicaremos el último de los capítulos de este estudio, donde sostendremos que en una democracia constitucional hay buenas razones para considerar justificada la exigencia de motivación de las decisiones judiciales.

9. EL ESPEJISMO DE LA TRANSPARENCIA EN LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

9.1. La resistencia de la conexión conceptual entre motivación y motivos

§96. *La subsistencia de la conexión conceptual entre motivación y motivos en los planteamientos realistas.* Bajo el formalismo decimonónico la motivación de las sentencias era concebida como la expresión del razonamiento decisorio del juez (*supra* §54). Como se recordará, esa conexión conceptual entre motivación y motivos se apoyaba en una concepción que veía en el silogismo judicial a la vez el método debido de decisión y el modelo adecuado para la fundamentación de la sentencia.

Si bien los realistas norteamericanos negaron que, dada la indeterminación del derecho, el silogismo judicial constituyera un método posible de decisión judicial e impugnaron, respecto del estilo formalista de fundamentación, la adecuación *descriptiva* del concepto de la motivación de las sentencias como un relato del proceso psíquico de decisión del juez, ellos defendieron a la vez desde un punto de vista *normativo* esa noción al promover un estilo más transparente de fundamentación, que diera cuenta de los motivos efectivos de la decisión.

Según repasábamos en el capítulo anterior (*supra* §93), aunque los realistas negaron que la motivación de las sentencias pudiera demostrar su objetiva y unívoca corrección jurídica, defendieron (sobre todo la vertiente de los escépticos ante las reglas) esa institución como una herramienta útil para favorecer una razonable previsibilidad de las decisiones judiciales –el sustituto posible del mito formalista de la certeza del derecho–, siempre y cuando el estilo silogístico de motivación fuera

sustituido por una argumentación más transparente, que explicitara las razones efectivamente determinantes de la decisión.

Ese planteamiento mantiene entonces, aunque sólo a nivel normativo, el vínculo que la concepción formalista de la decisión judicial establecía entre motivación y proceso psíquico de decisión y sugiere, además, que es posible dar un renovado significado a esa institución sin necesidad de abordar las difíciles preguntas que la tesis de la indeterminación del derecho abría con respecto a la justificación jurídica. El objetivo de este capítulo es mostrar que esa posible vía de evasión es ilusoria, porque si admitimos que la motivación es un discurso justificativo (como resultará, espero, de la defensa que haremos del concepto justificativo de motivación), entonces carece de sentido la insistencia en la transparencia de la argumentación judicial, desligada de una reflexión sobre aquello que constituye una buena razón justificativa para la decisión del juez.

Lo que estará en juego al abordar este asunto no es sólo responder a la forma de optimismo que el realismo jurídico parece albergar respecto de la motivación de las sentencias. Como veremos enseguida (§§97 y 98), la idea de una debida conexión entre motivación y motivos de la decisión sigue resonando en la actualidad, tanto bajo la forma de una queja por la falta de transparencia en la fundamentación de las sentencias –habitual especialmente entre los juristas españoles, franceses e italianos–, como a través de la subsistencia en la doctrina y jurisprudencia comparada de una concepción de la motivación como reproducción del proceso psíquico de decisión del juez. También frente a estas ideas es a nuestro juicio importante, a fin de evitar confusiones, insistir en un concepto justificativo de la motivación de las sentencias.

No es, por otra parte, casual que estas dificultades tengan lugar. También aquí nos encontramos, a fin de cuentas, en el terreno de las preguntas abiertas por la revuelta antiformalista. Pues una vez impugnada la identidad que la concepción formalista de la decisión judicial establecía entre *razonamiento decisorio* y *razonamiento justificativo* a través del modelo del silogismo judicial, se entiende que la cuestión de la diferencia y la relación entre esas dos esferas se haya vuelto problemática. Y eso explica entonces sea necesario abordarlas para insistir en un concepto justificativo de la motivación de las decisiones judiciales.

§97. *Ecos actuales de la conexión entre motivación y motivos: nuevas demandas de transparencia.* La misma insistencia en una conexión conceptual entre motivación y motivos psicológicos de la decisión que apreciábamos en los planteamientos realistas parece subyacer a una crítica al estilo dominante de fundamentación que ha sido habitual oír, en las últimas décadas, de muchos juristas, al menos en España, Francia e

Italia²¹². Esa crítica reprocha al estilo usual de motivación de las sentencias la falta de expresión y justificación de las elecciones interpretativas que han debido ser realizadas por los jueces para llegar a una decisión y su ocultamiento bajo la apariencia de ser aquella la única respuesta lógica y jurídicamente posible²¹³.

Veamos algunos ejemplos. En Francia A. TOUFFAIT y A. TUNC se quejaban, en un artículo expresivamente titulado “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice”, de la brevedad y opacidad de las motivaciones, particularmente de aquellas de la Corte de Casación, y abogaban en los siguientes términos a favor de una mayor coincidencia entre el proceso de deliberación y las razones expuestas en la fundamentación:

“Nos preguntan en qué se apoya el principio que funda una decisión. Si a veces podemos mostrar un texto legal formal, a menudo sin embargo debemos responder que aquel principio ha sido enunciado por la propia Corte de Casación. Ese principio, seguramente, no ha sido establecido arbitrariamente por la Corte. (...) Pero, ¿por qué la Corte lo ha elegido, en lugar de otros igualmente posibles? ¿Qué elementos ha tomado en consideración la Corte de Casación? El jurista francés no puede responder sino a través de una hipótesis, una simple opinión personal” (1974:489).

“Es posible preguntarse por lo tanto si, en la exposición de los motivos, no convendría ir más lejos todavía: permitiendo y exigiendo al juez revelar el fondo de su pensamiento, explicar verdaderamente por qué decide en un cierto sentido, sin ocultar ninguno de los elementos que ha tomado en consideración (1974:502)”.

²¹² Se trataría de algunos de los sistemas jurídicos de tradición continental donde, de acuerdo a recientes estudios comparativos (N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS [eds.], 1991:448-450 y 1997:496ss.), todavía abundaría el estilo “legalista, deductivo y magistral” de motivación -que tiende a presentar la decisión final como el resultado jurídica y lógicamente necesario de un conjunto de argumentos, formalmente estructurados como una demostración- y donde el avance hacia un estilo “sustantivo, discursivo y personalizado” sería aún incipiente.

²¹³ Además de los ejemplos que se señalarán a continuación vid. M. TARUFFO (1975: 306-7 y 1988:195ss. y 207ss.), L. PRIETO SANCHÍS (1987:88), M. GRIFFEY (1987:586), P. ANDRÉS IBAÑEZ (1994:864,882 y 1996:49), R. GUASTINI (1995:18, 29), A. RENTERÍA (2000:18,242). Merece la pena reseñar también una de las apreciaciones conclusivas con que se cierra uno de los estudios comparativos sobre argumentación jurídica a los que se hizo referencia en la nota anterior): “La mejor respuesta a la crítica que sostiene que la justificación judicial no es sino una fachada legitimadora consiste en falsificarla mediante la constante franqueza en la enunciación de las razones de la decisión. (...) en las actuales sociedades democráticas no hay nada que decir a favor de un actitud judicial de *pas devant les citoyen!*”(N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS [eds.], 1991:543).

De manera semejante, en España Luis PRIETO SANCHÍS critica el estilo de fundamentación habitual en la justicia ordinaria, que a su juicio dificulta tanto la crítica social como la especializada por dos razones estrechamente vinculadas:

En primer lugar, y además de utilizar un género literario de difícil comprensión y a veces farragoso, las resoluciones judiciales suelen presentarse, casi sin excepción, como una consecuencia lógica de la aplicación de la ley; por innovador que sea el fallo, la argumentación que lo fundamenta pretende aparecer como una operación exclusivamente técnica. De otra parte, la motivación suele omitir o presentar de forma encubierta los valores o principios políticos que han determinado la elección; mejor dicho, no parece que exista tal elección, sino que los distintos pronunciamientos de la sentencia aparecen como el resultado ineluctable de subsumir unos hechos probados sin sombra de duda en una norma cuyo significado es también claro e indiscutible (1987:126).

Finalmente, también Adrián RENTERÍA, en un reciente libro sobre discrecionalidad y responsabilidad del juez publicado en Italia (2000), desarrolla la tesis similar de una responsabilidad moral del juez que le constriñe a “jugar a cartas descubiertas”, un requerimiento, precisa, “que no significa otra cosa que el deber de no esconder su decisión tras actitudes mecánico-formalistas, y de explicitar –en cuanto sea posible- en las motivaciones las verdaderas razones que subyacen a la decisión y, posiblemente, también aquellas por las cuales no se tomó otra decisión” (2000:239-40).

§98. *Ecos actuales de la conexión entre motivación y motivos: el concepto psicologista de motivación.* La persistencia de la idea de un vínculo conceptual entre motivación de las sentencias y motivos psicológicos se expresa también en la presencia en la doctrina procesal y la jurisprudencia europeo-continental (particularmente en España e Italia, que son los dos casos que he considerado para formular las observaciones que siguen) de una concepto de motivación que, siguiendo a IGARTÚA SALAVERRÍA (1991:146), denominaremos *psicologista*. De acuerdo a esa noción, extendida especialmente en el discurso jurisprudencial, motivar una sentencia consiste en reproducir fiel, aunque concisamente, el “iter mental” que ha llevado al juez a la decisión. Esta noción convive ambiguamente, en dichos sistemas jurídicas, con otra, que podemos denominar *justificativa* y que entiende que motivar es ofrecer adecuadas razones justificativas de la decisión²¹⁴.

²¹⁴ Referencias a la coexistencia de estas dos nociones de motivación en la cultura jurídica española y en la italiana pueden encontrarse en: M. TARUFFO (1975:118ss., 1988:184ss. y 1999:778ss.), E. AMODIO (1977:), J. IGARTUA SALAVERRÍA (1991:146ss, donde se indican ejemplos de sentencias del Tribunal

No deja de resultar paradójico que sea precisamente en el discurso de los tribunales italianos y españoles, cuyo estilo de motivación ha sido frecuentemente criticado por su falta de transparencia y su ocultamiento de las razones efectivas de la decisión, donde domine la noción *psicologista* de motivación. Esta paradoja lleva a pensar que mientras la preocupación de los juristas continentales contemporáneos por el grado de transparencia de la argumentación judicial reitera un tema que estaba presente en los planteamientos antiformalistas, el arraigo de la noción *psicologista* de motivación en el lenguaje de los tribunales no es, en cambio, sino un resabio de la imagen formalista de la decisión judicial.

9.2. La distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación

§99. *Los orígenes de la distinción entre los dos contextos.* Una primera herramienta conceptual que puede ayudarnos a abordar el problema de la relación entre el proceso psíquico de decisión judicial y las razones expresadas en la motivación es la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

El recurso a esta distinción tiene ya cierta tradición entre los filósofos del derecho que, a contar de la década de los sesenta, comenzaron a tomarla prestada del lenguaje de la filosofía de la ciencia. En éste último terreno esa distinción había sido desarrollada años antes con el fin de circunscribir y caracterizar el ámbito operativo de la epistemología y diferenciarlo del objeto propio de la psicología o de la sociología del conocimiento. Recurriendo a esa distinción se deslindaba el interés de estas últimas disciplinas en las posibles fuentes de inspiración que impulsaron a un científico hacia la formulación de una teoría (la famosa manzana de Newton, por ejemplo), o en la mayor o menor influencia del azar o la biografía del científico en ciertos descubrimientos, o de la posible incidencia de las políticas científicas o las decisiones políticas generales – todos elementos propios del contexto de descubrimiento–, de la pregunta, propia de la epistemología, por las formas de validación de las teorías científicas, sobre los datos y

Constitucional español que recurren a la noción *psicologista* de motivación, 1998:179ss. y 2003:61ss.), P. ANDRÉS IBAÑEZ (1992:262), A. NIETO (2000:153ss.), I. COLOMER HERNÁNDEZ (2003:41ss., donde se hace referencia a diversas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español que muestran el arraigo que la noción *psicologista* de motivación tiene, particularmente en el discurso del último de ellos) y P. CHIASSONI (1999c:56ss.). También Ch. PERELMAN (1978:415) nota el extendido uso de esa doble noción de motivación en la cultura jurídica europea.

pruebas capaces de acreditar su corrección –que son los elementos que pertenecen al contexto de justificación.

La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación fue formulada, en esos términos, por Hans REICHEMBACH en *Experience and prediction* (1938). Aunque años antes Karl POPPER (1934:31-2) había anticipado ya una distinción análoga entre la “psicología del conocimiento” y la “lógica del conocimiento”. De hecho, cuando REICHEMBACH introduce la distinción la presenta como un aporte a una discusión ya abierta, que podría contribuir a precisar el concepto de “reconstrucción racional” que había sido propuesto por R. CARNAP (1928) para definir la tarea de la epistemología y distinguirla de aquella de la psicología. Dice allí REICHEMBACH:

“Si deseáramos una caracterización más fructífera de este concepto de reconstrucción racional, se podría decir que aquel corresponde a la forma en que los procesos de pensamiento son comunicados a los otros y no a la forma en que tales procesos se realizan subjetivamente. (...) Para indicar esa distinción introduciré los términos *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. Se debe de este modo afirmar que la epistemología se ocupa solamente de la reconstrucción del contexto de justificación (1938:6-7, cursivas del autor).

§100. *La recepción de la distinción en la teoría jurídica.* La importación de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación al ámbito del razonamiento jurídico permitió destacar allí, de manera análoga, la diferencia entre la pregunta por la forma en que un juez razona para llegar a una cierta decisión o por los motivos que lo han determinado a decidir de un cierto modo, y la pregunta por las formas en que se establece la corrección de una decisión judicial. Si se admitía esa diferencia, entonces había que conceder también que es posible que un modelo del razonamiento que puede justificar –esto es, mostrar la corrección- de una decisión judicial- no resulte adecuado como modelo para la descripción del proceso de decisión o para la explicación de la acción del juez. Y que constatar que un cierto modelo es inadecuado desde este último punto de vista no prueba entonces nada respecto a su virtualidad desde el primer punto de vista.

De este modo, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación permitió construir una respuesta a los planteamientos realistas que aun admitiendo parcialmente la validez de parte de sus críticas a la teoría silogística de la decisión judicial, preservara un espacio para la lógica en la esfera del razonamiento justificativo ²¹⁵.

²¹⁵ Un análisis general de la recepción de esta distinción en la teoría del derecho puede verse en M. GOLDING (1986), B. ANDERSON (1995) y T. MAZZARESE (1996:105ss.). Es interesante notar que en el

Esta estrategia argumentativa está paradigmáticamente presente en la obra de Richard WASSERSTROM, *The judicial decision. Towards a theory of legal justification* (1961), donde por primera vez encontramos una remisión a esa distinción, aunque con una terminología ligeramente diferente, pues se habla de “procesos” en lugar de “contextos” de descubrimiento y de justificación.

Así, tras recapitular los términos de la crítica dirigida por los realistas americanos contra la teoría formalista de la decisión judicial (1961:12-22), WASSERSTROM argumenta que esa crítica atribuye a la teoría deductiva dos tesis que reputa necesariamente vinculadas: la tesis según la cual el razonamiento judicial asume la forma de un silogismo y la tesis según la cual las reglas jurídicas que han de servir como premisa mayor de ese silogismo constituyen datos preexistentes que el juez se limita a descubrir. Sin embargo, sostiene WASSERSTROM, las críticas que apuntan contra la segunda de esas tesis no afectan necesariamente la validez de la primera, pues no existe una relación necesaria entre el procedimiento para la obtención de las premisas y el procedimiento que utiliza los cánones de la lógica formal para evaluar la relación existente entre las premisas y la conclusión. Es posible que la teoría deductiva no dé cuenta adecuadamente del procedimiento a través del cual los tribunales determinan las premisas de su decisión pero de ello no se sigue su inadecuación en relación al segundo procedimiento. En palabras del autor, “(l)os tribunales no han podido recurrir al silogismo para decidir qué premisas seleccionar; pero esto por sí solo no muestra que no hayan utilizado el silogismo como un medio para evaluar la validez de los argumentos que formularon” (1961:23).

Esa confusión no es el único error que WASSERSTROM atribuye a los realistas. Ellos se habrían equivocado además al inferir del limitado papel de la lógica en el proceso de decisión judicial el carácter necesariamente arbitrario de ese proceso –que resultaría entonces basado sólo en los sentimientos, emociones y preferencias personales no analizables del juez. Esta “falacia irracionalista” (1961:24-5) que

ámbito jurídico fueron utilizadas desde la antigüedad algunas distinciones que en cierto modo anticipan la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación: por una parte la distinción que proviene de la tradición retórica entre *inventio* (o *heuresis*), *dispositio* (o *taxis*) y *elocutio* (o *lexis*) (cfr. O. REBOUL, 1991:65ss.); y, por otra parte, la distinción entre *ars inveniendi* y *ars iudicandi* (y *ars disputandi*) que proviene de la *Tópica* de Cicerón. Años antes de que la distinción fuera formulada en el ámbito de la filosofía de la ciencia, John DEWEY, en un artículo sobre lógica y derecho, había diferenciado “la lógica de la exposición” de aquélla de “la búsqueda y el descubrimiento” (1925:21 y 24), apreciando como es “altamente probable que la necesidad de justificar ante otros las conclusiones alcanzadas y las decisiones tomadas haya sido la causa principal del origen y el desarrollo de la operaciones lógicas en sentido estricto; de la abstracción, la generalización, la preocupación por la consistencia de las implicaciones” (1925:24).

WASSERSTROM atribuye al realismo corresponde en verdad a una deformación frecuente de sus planteamientos,²¹⁶ que tiende -como ha dicho B. LEITER (1996:271)- a “Frankificarlo”, atribuyendo a todo el realismo las opiniones de parte de ellos y desconociendo los esfuerzos de algunos realistas por mostrar el recurso regular por parte de los jueces a consideraciones de *policy* y, por lo tanto, la relevancia en el proceso decisorio judicial de la racionalidad instrumental (*supra* §68). A pesar de ser, en este sentido, inexacta, esa crítica al supuesto irracionalismo del realismo muestra como el recurso a la distinción entre los dos contextos está ligado a la idea de que es posible reestablecer la confianza en un “método” racional, desplazando esta problemática desde el contexto de descubrimiento al contexto de justificación.²¹⁷

Para explicar mejor su defensa del silogismo judicial frente a la crítica realista, WASSERSTROM se detiene a considerar la ambigüedad de la expresión “proceso de decisión judicial” e introduce la distinción que nos interesa. Esa expresión, dice el autor, puede denotar dos procedimientos diferentes, “ninguno de los cuales ha sido hasta ahora cuidadosamente aislado o descrito” (1961:25), que pueden distinguirse en general en cualquier proceso decisorio o deliberativo: el *proceso de descubrimiento*, o la forma en que una decisión o conclusión es alcanzada, y el *proceso de justificación*, o la forma en que una decisión o conclusión puede ser justificada:

“Situando el problema en el contexto más amplio de los procedimientos de decisión en general, existen dos procedimientos diferentes que pueden ser seguidos antes de tomar o aceptar cualquier decisión. Esto vale tanto para la ciencia y la ética, así como para el derecho. La forma en que estos procedimientos actúan puede caracterizarse por referencia a dos tipos de preguntas que es posible hacer frente a cualquier decisión. Un tipo de pregunta concierne al modo en que una decisión o una conclusión ha sido alcanzada; la otra indaga si una decisión o una conclusión es justificable” (1961:25).

Esta distinción, argumenta WASSERSTROM, no habría sido tomada en cuenta usualmente al hablar del razonamiento judicial. Esa inadvertencia afectaría particularmente a la crítica dirigida por el realismo contra la teoría formalista de la decisión judicial y reduciría por lo tanto su alcance y su relevancia. Los autores realistas habrían formulado interrogantes pertinentes en relación al proceso de descubrimiento, recalcando las insuficiencias de la teoría deductiva y proponiendo descripciones

²¹⁶ Vid. por ejemplo C. REDONDO (1996:222).

²¹⁷ Esta es precisamente la función –desplazar la problemática del “método” desde el contexto de descubrimiento al de justificación- que Marcello PERA (1991:6) atribuye, en términos generales, a esa distinción conceptual.

alternativas, pero no habrían considerado adecuadamente las características del proceso de justificación:

“Asimilando el proceso de decisión judicial al proceso de descubrimiento, afirmaron de modo convincente que la *motivación* del juez no es, seguramente, un relato fiel del proceso de decisión. Y ciertamente, si el proceso de decisión coincidiera con el proceso de descubrimiento, es probable que estuvieran en lo correcto. Sin embargo creo que es quimérico suponer que la mayor parte de las decisiones judiciales pretendan describir el proceso de descubrimiento. Seguramente el tipo de razonamiento que aparece en una motivación judicial usual es expresivo, más bien, de un típico proceso de justificación. (...) (Si) la motivación es entendida como un relato del procedimiento justificativo utilizado por el juez, entonces el recurso usual a las reglas jurídicas y las reglas de la lógica parece más plausible. (...) Es concebible que al menos algunos jueces hayan entendido que antes de presentar una decisión sobre un caso debían ser capaces de justificarla. (...) Y puede ser que algunos jueces hayan pensado que debían ser capaces de establecer una relación formalmente válida entre las decisión y ciertas premisas más generales, así como de dar buenas razones para las premisas seleccionadas. Si esto es así, entonces los ataques contra la teoría deductiva no son incorrectos; simplemente son irrelevantes” (1961:28-9, cursivas del autor).

De ese modo WASSERSTROM mostraba como la crítica realista de la teoría deductiva sólo puede ser válidamente referida al contexto de descubrimiento y no tiene consecuencias desde el punto de vista del contexto de justificación: “Si el discurso sobre las corazonadas [*hunches*], las emociones y la personalidad del juez se refiere a aspectos del descubrimiento –señala (1961:31)–, entonces no es necesariamente inconsistente con un análisis completamente diferente relativo a los procedimientos de justificación”, ni demuestra por consiguiente que no sea posible, ni tampoco que no sea de hecho utilizado por los jueces, un procedimiento deductivo de justificación.

§101. *El éxito de la distinción en el ámbito jurídico.* Tras su inicial recepción, la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación ha seguido siendo recurrentemente utilizada por los teóricos del derecho, para fines análogos a los que servía en la argumentación de WASSERSTROM.

Por una parte, esa distinción es siempre aludida cuando se analizan críticamente las tesis del realismo americano sobre la escasa relevancia de las reglas jurídicas y de las reglas de inferencia lógica en el proceso de decisión judicial. Isabel LIFANTE VIDAL ha sintetizado recientemente ese lugar común:

“A estos autores [realistas americanos] se les critica recurrentemente por confundir, en el ámbito de la función judicial, el contexto de descubrimiento y el de justificación. (...) Podría entonces decirse que, de admitirse la crítica realista, lo único que la misma podría poner de manifiesto sería el hecho de que las reglas influyen poco en el “contexto de descubrimiento”, pero ello no afecta en absoluto al ámbito del “contexto de justificación”. Es posible que, como señalan los

realistas, el juez llegue a una determinada solución por motivos distintos a la propia regla; pero aún así, cuando motiva (justifica) su decisión tiene que hacerlo, precisamente, acudiendo a esas reglas jurídicas. Y éste sería, precisamente, el ámbito relevante desde la perspectiva del propio Derecho” (1999:109)²¹⁸.

Por otra parte, es usual entre los teóricos de la argumentación jurídica el recurso a la distinción entre los dos contextos para restringir, también allí, el ámbito relevante de análisis al contexto de justificación. Como ejemplo de esta clase de la alusión a la distinción podemos tomar la siguiente cita de N. MACCORMICK:

“El proceso que tiene sentido estudiar es el proceso de argumentación como proceso de justificación. No hay necesidad de afinar más un punto al que a menudo se hace referencia para distinguir entre procesos de justificación y procesos de descubrimiento. Es cierto que Arquímedes puede haber descubierto su célebre principio gracias a una fulgurante iluminación (...). Pero aquello que justifica que Arquímedes, o cualquiera, sostenga que los cuerpos sumergidos en un líquido reciben un impulso hacia arriba equivalente al peso del líquido desplazado, es que eso puede ser probado experimentalmente (...). Análogamente, qué es lo que induce a un juez a pensar que una parte más que la otra tenga razón es una pregunta por completo distinta a qué buenas razones justificativas se pueden sostener en favor de esa parte o de la otra” (1978:15-16)²¹⁹.

§102. *Las variaciones en el uso de la distinción.* Aunque la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación suele ser utilizada dando por descontada su notoriedad, su obviedad y su univocidad, su recepción en la literatura jurídica ha dado lugar a diversas formas de configuración²²⁰. Para evitar equívocos es importante notar que las varias presentaciones de la distinción exhiben diferencias en dos aspectos principales.

Por una parte, en algunos casos la distinción parece hacer referencia a dos momentos o fases del proceso psíquico de decisión (como ocurre, por ejemplo, en la formulación de la distinción que hace WASSERSTROM), mientras que en otras ocasiones el contexto de descubrimiento parece coincidir con el proceso psíquico de decisión en su totalidad y el contexto de justificación parece designar no ya un proceso psíquico,

²¹⁸ Otros ejemplos pueden encontrarse en H.L.A. HART (1976:105), G. CARRIÓ (1986:65), M. ATIENZA (1993:125), C. REDONDO (1996:223) y J.J. MORESO (1997:214).

²¹⁹ Otros autores que en el ámbito de la teoría de la argumentación recurren a esta distinción conceptual son J. WROBLEWSKY (1974 y 1992:14-16), R. ALEXY (1978:221), A.AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK (1981: 137), A. PECZENIK (1989:44) y M. ATIENZA (1991:22ss.).

²²⁰ Un análisis crítico de la superficialidad y liviandad con que la distinción entre los dos contextos es a menudo presentada en la literatura sobre el razonamiento judicial, así como de la pluralidad de concepciones oculta tras el recurso a esa etiqueta común, puede verse en T. MAZZARESE (1996:122ss.).

sino un producto lingüístico, esto es, el discurso o la forma argumentativa a través de la cual una conclusión puede ser justificada.

Esta última forma de configurar la distinción, que permite discernir como tareas independientes la valoración de la plausibilidad de una cierta descripción heurística del proceso psíquico de decisión y la evaluación de la validez de un argumento justificativo y que lleva a identificar el contexto de justificación con la motivación de las sentencias, parece ser dominante en la teoría jurídica actual, especialmente en aquella de orientación analítica.²²¹ B. ANDERSON, un autor que se ha ocupado recientemente de la distinción entre los dos contextos a fin de reivindicar la relevancia como objeto de estudio del contexto de descubrimiento, llama también la atención sobre esta frecuente equiparación entre descubrimiento y proceso de decisión. A su juicio “los positivistas [a diferencia de los realistas] no consideran que una investigación sobre el modo en que un juez verifica [*tests*] privadamente una posible solución sea una parte importante de la investigación sobre el razonamiento jurídico. Los positivistas jurídicos hacen en cambio una nítida distinción entre el proceso de descubrimiento, a través del cual el juez descubre una solución tentativa, y el proceso de justificación, a través del cual las soluciones son pública y jurídicamente justificadas” (1995:346-7)²²². Ese interés preferente de la filosofía jurídica analítica por los productos lingüísticos lo vincula por su parte P. COMANDUCCI a la pública accesibilidad de éstos, en contraste con la intimidad de los procesos mentales. Así, señala, “ocuparse de los productos me parece más fructífero porque (...), en las modernas sociedades democráticas, resulta socialmente más relevante el conjunto (conocido y controlable) de los productos de la interpretación y de la justificación, que el conjunto (ni conocido ni controlable) de los procesos mentales de interpretación y justificación” (1994:121-2).

²²¹ La asimilación entre descubrimiento y decisión aparece implícita en la configuración de la distinción propuesta por ALEXY (1978:221), ATIENZA (1991:23-4) e IGARTÚA SALAVERRÍA (1995:182-3; aun cuando en su última obra el autor propone, explícitamente, sustituir respecto del razonamiento judicial el binomio descubrimiento/justificación por el par decisión/justificación: 2003:77-79). En otros autores, como SCARPELLI (1970:281) y AMODIO (1977:216), la asimilación resulta explícitamente indicada por el uso de la expresión “contexto de decisión”. Aún cuando distingue entre justificación-actividad y justificación-resultado, también Michele TARUFFO parece equiparar contexto de descubrimiento y proceso de decisión en su totalidad: “[...] [contexto de descubrimiento y contexto de justificación] son diferentes no sólo desde el punto de vista estructural sino también desde el punto de vista fenomenológico, en el sentido que el primero es una actividad y el segundo es un discurso, que, por lo demás, no es siquiera el resultado lingüístico de esa actividad. La relación que analizamos [entre ellos] es compleja y mediada según un esquema que puede representarse sintéticamente así: razonamiento decisorio (actividad) / decisión (resultado) / razonamiento justificativo (actividad) / motivación (resultado)” (1975:215-216).

²²² Una conclusión semejante es sostenida por GONZALEZ LAGIER (2003b:46-7).

Sin ánimo de restar interés como objeto de estudio a las fases de control que pueden integrar la deliberación interna de un juez, la última forma de configurar la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que identifica, como decíamos, al primero con el proceso de decisión judicial en su totalidad, resulta a nuestro parecer preferible por su claridad, ya que se corresponde con la diferencia fácilmente asible entre la esfera interna de la deliberación y la esfera externa o pública de la argumentación, y porque permite, por ello, abordar más fácilmente la cuestión de la relación entre los dos contextos. En caso de que se afirme la existencia de una relación ella consistirá precisamente en la presencia de formas de evaluación de la justificabilidad de la decisión en el contexto de descubrimiento (vid. *infra* 9.6.), algo que resulta más difícil de explicar en cambio si entendemos que estos elementos de autocontrol pertenecen al contexto de justificación. Entendida de este modo, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación coincide con la distinción entre *razonamiento decisorio* y *motivación* que hemos utilizado en este estudio (*supra* §§53 y 54).

§103. *Otras diferencias en la configuración de la distinción.* La referencia alternativa del contexto de descubrimiento a todo o parte del proceso mental de decisión, que antes hemos examinado, no es el único aspecto variable en la configuración de la distinción entre los dos contextos. Las formulaciones de la distinción difieren también en la definición del contenido y la extensión que atribuyen al contexto de justificación. Esto ocurre porque que no hay una concepción unitaria del razonamiento justificativo de una decisión judicial con la que el recurso a esa distinción conceptual esté necesariamente relacionado.

Si bien quienes utilizan esa distinción coinciden en considerar que la verificación de una relación de inferencia lógica entre la decisión judicial y una norma general es condición necesaria de su justificación, no todos consideran que esa condición sea además siempre suficiente. Así, mientras en algunas formulaciones de la distinción el contexto de justificación comprende también la justificación de la selección de las premisas,²²³ en otras la determinación de las premisas parece ser

²²³ Es el caso de la presentación de la distinción que encontramos en el libro de WASSERSTROM, quien, al considerar desde un punto de vista normativo y para un sistema de derecho judicial o *case law* qué procedimiento de justificación puede ser mejor, propone un modelo de dos niveles (*two-level procedure of justification*) que comprende dos condiciones: que la conclusión pueda inferirse de una regla general y que esa regla sea justificable a través de consideraciones utilitaristas (cfr. 1961:118ss.). Otro ejemplo lo encontramos en la obra Neil MACCORMICK, un segundo autor que recurre, según vimos, a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en el ámbito del razonamiento

relevante sólo desde el punto de vista del contexto de descubrimiento, de manera que el contexto de justificación se agota en la relación de deducción existente entre las premisas y la conclusión²²⁴.

§104. *La utilidad de la distinción desde la perspectiva del concepto de motivación.* Las diversas interpretaciones de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación que han sido reseñadas en el último apartado nos previenen sobre lo limitado de la aportación que esa distinción, por sí sola, representa. Ella no resuelve por cierto la pregunta sobre cuando podemos estimar como adecuada y suficientemente justificada una decisión judicial, ni garantiza tampoco que en el ámbito del contexto de justificación sea posible restaurar la idea de un método “racional” que permita discernir, de manera “objetiva”, entre decisiones correctas e incorrectas²²⁵.

jurídico. MACCORMICK desarrolla una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas de los tribunales británicos que distingue entre los casos en que una justificación deductiva resulta suficiente, de los casos –aquellos en que el derecho resulta indeterminado y son posibles interpretaciones rivales de una regla o construcciones contrapuestas de una regla, si se trata de un caso relevante no regulado–en que es requerida además una “justificación de segundo orden” (*second-order legal justification*), esto es, una justificación de la construcción de la premisa normativa del silogismo judicial (1978:100ss.). Esta distinción entre dos niveles de justificación, de la conclusión y de las premisas, es, como comprobaremos más adelante (*infra* 10.5.), uno de los rasgos distintivos de lo que, siguiendo a ATIENZA (1990b:39 y 1991:235), podemos llamar la actual “teoría estándar de la argumentación jurídica”. La denominación habitual de esos dos niveles es la que fue sugerida inicialmente por WROBLEWSKY (1974:39ss.): “justificación interna” y “justificación externa”.

²²⁴ Esta parece ser la forma en que Eugenio BULYGIN delinea la diferencia entre el plano psicológico y el plano lógico de la decisión judicial. “De qué manera el juez arriba a la decisión –dice BULYGIN– es un problema psicológico que no interesa en este contexto; sólo nos interesa el problema lógico de la fundamentación” (1966:356:), y agrega que “...una decisión es justificada precisamente cuando esa decisión puede ser lógicamente inferida de alguna norma o conjunto de normas” (1963:350). Un planteamiento similar se puede ver en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971:228-230) y en MORESO, NAVARRO y REDONDO (1992:258). Una concepción semejante del contexto de justificación se encuentra también en J. HOROWITZ (1972:6): “La lógica no concierne a los actos o a los procesos argumentativos y a sus aspectos psicológicos o históricos, sino a sus productos lingüísticos, sujetos, en cuanto tales, a reglas sintácticas y semánticas. Es decir, concierne no al contexto de descubrimiento de las conclusiones o de las premisas, sino al contexto de la justificación de las conclusiones a partir de las premisas”.

²²⁵ A mi juicio son estos límites los que llevan a Tecla MAZZARESE a cerrar su análisis de la distinción entre los dos contextos con una conclusión escéptica sobre su poder explicativo (1996:156). Como sostendré enseguida esas limitaciones no deberían, sin embargo, impedir reconocer a la distinción entre los contextos cierto valor –limitado sí, pero no por ello irrelevante– para aclarar la irreductibilidad conceptual de los motivos psicológicos y las razones justificativas de una decisión judicial. Una réplica a MAZZARESE que apunta, me parece, en este mismo sentido puede verse en IGARTÚA SALAVERRÍA (2003:66-

Con todo, aunque limitado, el mérito de la distinción es, para nuestros propósitos, significativo. A través de esa distinción se sugiere que así como no tendría sentido hacer referencia a la anécdota de la manzana como un argumento para demostrar la validez de las teorías físicas de Newton, carece también de sentido en el ámbito del razonamiento judicial atribuir a las intuiciones, los prejuicios o las evaluaciones que han llevado a un juez a tomar una decisión, por el sólo hecho de ser determinantes de la decisión, valor como argumentos idóneos para establecer su corrección. Y de este modo, lo que resultará a todas luces claro gracias al uso de ese par de categorías, con independencia de que identifiquemos el contexto de justificación sólo con un tipo de producto lingüístico o también con un tipo de actividad deliberativa, es que la motivación de las sentencias pertenece a ese contexto. Pues lo que está en juego en la motivación de una decisión judicial no es explicar cómo el juez llegó a decidir de la forma en que lo hizo sino justificar públicamente por qué esa decisión es válida o correcta.

Esta conclusión, que descarta como inconducente un concepto psicologista y avala en cambio un concepto justificativo de la motivación de las decisiones judiciales, resulta reforzada si complementamos la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación con la distinción entre la explicación y la justificación de una acción.

§105. *La distinción entre explicación y justificación de una acción.* En el ámbito del análisis filosófico de la acción y del razonamiento práctico se encuentra asentada una distinción cuya función guarda un cierto paralelismo con aquella que en el ámbito del conocimiento científico cumple la distinción que antes hemos examinado. Se trata de la distinción entre las nociones de explicación y justificación de la acción, que a su vez permite distinguir entre razones explicativas y razones justificativas²²⁶.

93). Vid. también la conclusión semejante de TARUFFO (1999:779, nota 48) sobre la utilidad que la distinción presenta aun si se la considera como metáfora, aplicable solo analógicamente al razonamiento judicial.

²²⁶ Cfr. por ejemplo J. RAZ (1975:17-22) y (1978:8-14), C. S. NINO (1987:82-83), J. C. BAYÓN MOHÍNO (1991:43-45) y C. REDONDO (1996:73ss.). Si bien se trata de una distinción asentada existen discusiones abiertas en torno a la relación entre los significados de esas nociones (si están relacionados, de modo que una u otra noción tiene prioridad, o si se trata de conceptos independientes), discusiones que se entrelazan con las dificultades que resultan de la ambigüedad del término razón (vid. J. C. BAYÓN MOHÍNO, 1991:44 y C. REDONDO, 1996:65ss.). Afortunadamente para nuestros propósitos no resulta necesario considerar detenidamente estas cuestiones y será suficiente apoyarnos en lo que REDONDO designa como

Es fácil apreciar la diferencia entre esas nociones si pensamos en la clase de preguntas a las que respondemos al explicar y al justificar una acción. Cuando explicamos una acción respondemos a la pregunta acerca de por qué se ha realizado dicha acción; cuando justificamos una acción contestamos en cambio a la pregunta acerca de por qué dicha acción podía o debía ser realizada o, dicho de otro modo, por qué esa acción es correcta o legítima. Así, por ejemplo, una cosa es ofrecer razones que expliquen por qué los comandantes en jefe de las fuerzas armadas resolvieron dar en septiembre de 1973 un golpe de Estado en Chile y otra diferente será preguntarse si hay razones que puedan justificar esa acción.

Mientras el acto de explicar tiene, por consiguiente, un propósito descriptivo, el acto de justificar tiene un propósito evaluativo o normativo. De la diferencia de propósitos se sigue a su vez la diferente cualidad, empírica en el primer caso y normativa en el segundo, de las entidades que constituyen razones en el contexto de una explicación y en el de una justificación de una acción²²⁷. De este modo, una referencia a la creencia de los generales golpistas en el apoyo irrestricto del gobierno de los Estados Unidos puede actuar como razón en el contexto de la explicación de su acción, pero no constituye por cierto una razón justificativa. Si invocáramos la creencia en ese hecho como razón para sostener que los generales debían actuar como actuaron, entonces cometeríamos un error lógico, pues no es posible fundar una conclusión con significado normativo recurriendo sólo a premisas de significado descriptivo.

En síntesis, una cosa es identificar los factores que han motivado al agente y otra distinta es determinar cuáles son los factores que deberían motivarle, con independencia de que lo hagan o no²²⁸. Esa misma idea aplicada al razonamiento judicial lleva por consiguiente a distinguir conceptualmente los posibles motivos determinantes de la acción del juez de decidir un cierto caso en un determinado sentido de las razones que pueden justificar esa acción. Y entonces resulta claro que son éstas y no las primeras las relevantes desde el punto de vista de la motivación de las sentencias.

“una idea pre-analítica” (1996:65): que explicar y justificar una acción consisten, como en seguida diremos, en responder a preguntas diferentes.

²²⁷ Cfr. REDONDO (1996:91-2).

²²⁸ Cfr. BAYÓN MOHÍNO (1991:43-4).

9.3. La prioridad del concepto justificativo de motivación

§106. *Diversos puntos de vista frente a la decisión judicial.* Cuando completamos la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación con la distinción entre explicación y justificación se hace posible diferenciar tres clases de discursos o actos lingüísticos relativos a la decisión judicial: la descripción del proceso psicológico de decisión, la explicación de la acción de decidir y la justificación del enunciado normativo particular que es resultado de la acción de decidir.

Aulis AARNIO (1977:43ss.) lo explica mostrando como la decisión judicial puede ser representada desde tres perspectivas diferentes. En primer lugar, la decisión puede ser entendida como un *proceso psicológico* susceptible de *descripción heurística*, luego puede ser concebida como un *acto* susceptible de *explicación (intencional)*, y, finalmente, como una *conclusión* susceptible de *justificación* ²²⁹. No me detendré a considerar la caracterización que AARNIO propone de las tres facetas de la decisión judicial, ²³⁰ pues lo que nos interesa es más bien la distinción entre los tres tipos de actos lingüísticos referidos a una decisión judicial, que nos permitirá volver a considerar ahora qué clase de discurso es la motivación de una sentencia y cuál es el concepto que mejor da cuenta de su función.

Para diferenciar esos tres tipos de discurso podemos atender al aspecto interno que define a los actos lingüísticos que se realizan al proferirlos²³¹. Desde esta perspectiva tanto la representación heurística del proceso psicológico de decisión como la explicación de cierta decisión tienen un propósito descriptivo. La justificación de una decisión judicial tiene en cambio un propósito evaluativo o normativo²³². En

²²⁹ Cfr. también A. AARNIO (1987:55) y (1990:25).

²³⁰ En rigor sería necesario agregar también la dimensión de la decisión judicial como *acto* susceptible de *justificación*. Ya hemos hecho referencia a esta dualidad de la decisión judicial y de su justificación en la Introducción de este estudio (*supra* §5). Allí notábamos que la motivación de las sentencias corresponde a la justificación pública de la decisión-producto. De ahí que no volvamos a plantear esa cuestión en este momento y nos limitemos a analizar el juego entre tres clases de discurso relativo a la decisión judicial que el concepto psicologista de la motivación no distingue adecuadamente.

²³¹ Utilizando la distinción de John AUSTIN (1962) entre los tres aspectos –locucionario, ilocucionario y perlocucionario- de los actos realizables a través de lenguaje las consideraciones aquí expuestas hacen referencia a los actos ilocucionarios de describir heurísticamente, explicar y justificar una decisión judicial. María Cristina REDONDO (1996:79ss.) realiza un análisis desde esta perspectiva de los actos ilocucionarios genéricos de explicar y justificar, que se sigue de cerca en este apartado.

²³² El propósito evaluativo puede ser referido no sólo a la justificación de una acción o de una conclusión normativa sino también a la justificación de hipótesis científicas. Una definición general de

consecuencia, mientras el aspecto interno o intencional que define a los dos primeros actos presupone un interés cognoscitivo para hacer inteligible ya el desenvolvimiento de un proceso psíquico -en el caso de la descripción heurística-, ya la acción del juez a la luz de un cierto propósito -en el caso de la explicación-, la intención de justificar supone, en cambio, un interés práctico de atribuir un valor o aprobar la decisión del juez.

Si queremos saber qué tipo de acto realiza el juez a través de la motivación, la clave para responder se encontrará entonces en un examen del propósito que asignamos al acto de motivar una decisión judicial.

§107. *El propósito evaluativo de la motivación de una decisión judicial.* Resulta claro, a nuestro juicio, que el propósito evaluativo distintivo del acto de justificar define también al acto de motivar y que, por consiguiente, hay razones para insistir en un concepto justificativo de motivación y para ser cautos en cambio frente al viejo concepto 'psicologista'. Al leer los fundamentos de una sentencia no imputamos al juez el propósito de *informarnos* sobre algo –los pasos recorridos mentalmente hasta llegar a la formulación de la decisión o los motivos que explican su acción de decidir en un cierto sentido- sino la intención de *atribuir un valor* a su decisión, esto es, el propósito de convencer al lector que su decisión es correcta conforme a derecho.

Ese propósito evaluativo guía la determinación de los argumentos que parecen relevantes y pertinentes en la motivación de una decisión judicial. De ahí que existan diversos enunciados imaginables que serían perfectamente pertinentes en un discurso dirigido a informar cómo o porqué el juez llegó a una cierta decisión y que, sin embargo, precisamente porque carecen de valor justificativo, no parecen admisibles en la motivación de una sentencia. Así, por ejemplo, si la motivación fuera un acto lingüístico dirigido a informar sobre el proceso psíquico de decisión, el juez podría hacer referencia en los fundamentos de su decisión a los prejuicios raciales o sociales que desde el comienzo de su reflexión sobre el caso le llevaron a orientar su decisión en perjuicio de aquella parte del litigio que pertenecía, por ejemplo, a una minoría racial.

justificación, aplicable a ambas esferas, es la que ofrece Paolo COMANDUCCI (1992a:55ss.). COMANDUCCI define la justificación como “el procedimiento argumentativo tendente a aseverar que algo está dotado de algún valor” (1992a:55) y precisa luego que es posible distinguir al menos dos clases de valores que una justificación puede tender a atribuir: “los valores de verdad y de probabilidad para las descripciones, las previsiones y las hipótesis; los valores de justicia, bondad, corrección, equidad, validez, etc., para las normas y las valoraciones” (1992a:60) (con la prevención, que el autor hace notar, que desde una perspectiva metaética cognoscitivista el valor de verdad podría ser también atribuido a normas y valoraciones).

Está claro, sin embargo, que en lugar de celebrar el esfuerzo introspectivo del juez, un enunciado de ese tipo incluido en la motivación de una sentencia, nos parecería por completo impertinente puesto que negamos a esa clase de consideraciones cualquier aptitud para probar la corrección de la decisión.

Algo semejante ocurriría si un juez sostuviera en la motivación de su sentencia que ha acogido la demanda porque cree que esa es la decisión que gustaría a la mayor parte de sus superiores jerárquicos y considera que la aprobación de éstos hacia sus decisiones es un medio idóneo para su propósito de avanzar en la carrera judicial. Aunque ese argumento ofrece una explicación plausible de la acción del juez, lo rechazaríamos ciertamente como argumento adecuado para motivar su decisión, porque carece de valor justificativo.

§108. *Razones institucionales a favor de un concepto justificativo de motivación.* Una vez que reconocemos el propósito evaluativo distintivo de la motivación de las decisiones judiciales tenemos que concluir que ella constituye un caso especial de justificación. Esta conclusión que reafirma la pertinencia del concepto justificativo resulta confirmada además por la dificultad de conciliar la noción psicologista de motivación con ciertos rasgos institucionales presentes en algunos ordenamientos procesales.

Una de esas dificultades se plantea en relación a la fundamentación de las decisiones de tribunales colegiados, cuando, como suele ocurrir en la tradición jurídica europea continental, se ofrece una motivación unitaria de la decisión suscrita por la unanimidad o la mayoría de los magistrados²³³. ¿Cuál sería en este caso el ‘itinerario mental’ que debería relatarse en la motivación? Si desde la perspectiva de una teoría formalista del razonamiento decisorio, cabía suponer que cada magistrado por separado podía y debía seguir un mismo camino para llegar a una misma inevitable

²³³ En la tradición jurídica anglosajona, en cambio, lo usual es que al momento de hacer pública la decisión de un tribunal colegiado cada magistrado lea sucesivamente su propio voto motivado (*opinion*) que ha redactado previamente. La más importante excepción a esta práctica se da en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, a partir de la presidencia de John Marshall, expresa en un texto unitario el dispositivo y la motivación compartidos por al menos la mayoría de los magistrados (*opinion of the Court*), sin perjuicio de que a él pueden agregarse los votos particulares o los de quienes adhiriendo a la parte dispositiva discrepan de la motivación. Vid. al respecto N. MACCORMICK (1978b), P. ATIYAH (1988), A. ANZON (1994) y M. D'AMICO (1994:63ss.). Por otra parte, aunque en la tradición europea continental la decisión unánime o de mayoría es fundamentada en forma unitaria, son muchos los sistemas jurídicos pertenecientes a esa tradición que han incorporado la institución del voto particular (vid. para un análisis comparativo F. J. EZQUIAGA GANUZAS, 1990:70ss. y G. CÁMARA VILLAR, 1993:104ss.).

conclusión, y que luego ese camino debía ser retratado en la única motivación, una vez abandonada esa teoría, la idea de un itinerario mental ‘del tribunal’ parece carecer de sentido²³⁴. La cuestión relevante en este caso no es que la motivación deba relatar fielmente un supuesto itinerario mental del tribunal, sino que el magistrado ponente debe actuar como representante del órgano colegiado que decide y que es el emisor de la motivación. De modo que las razones justificativas expresadas por el ponente deben ser aquéllas concordadas por la mayoría o la totalidad de los magistrados que componen el tribunal al concluir la deliberación²³⁵.

Una dificultad análoga para el concepto ‘psicologista’ de motivación se plantea en los ordenamientos procesales que prevén la corrección de la motivación por el tribunal supremo o la corte de casación cuando la juzguen errónea en derecho, aún cuando consideren que la decisión (la parte dispositiva de la sentencia) se ajusta a derecho, de modo que la sentencia impugnada sigue siendo válida, pero se sustituye su motivación en derecho²³⁶. Nuevamente en este caso resulta imposible pretender que esa motivación, reformada, pueda reproducir el *iter* mental del juez de instancia que ha dictado la sentencia²³⁷. (La única forma, algo forzada, de conciliar esta institución con una noción psicologista de motivación sería entender, desde la perspectiva de una concepción formalista del razonamiento decisorio, que lo que hace el tribunal es rectificar la motivación para dar cuenta del correcto *iter* mental que el juez de instancia debía haber seguido para llegar a la decisión.)

§109. *Un inciso sobre las desafortunadas consecuencias de la noción psicologista de motivación.* Como se recordará, nuestro interés al insistir en un concepto justificativo

²³⁴ Lo mismo observan J. IGARTUA SALAVERRÍA (1998:181) y P. CHIASSONI (1999:58).

²³⁵ Esta concordancia es cautelada usualmente en los ordenamientos procesales que prevén la forma unitaria de motivación a través del control que deben realizar los demás magistrados de los fundamentos redactados por el ponente antes de suscribir la sentencia: vid. sobre este punto E. AMODIO (1977:200-201).

²³⁶ Así ocurre en el ordenamiento procesal italiano, según dispone el artículo 384 del Codice di Procedura Civile. En el caso del ordenamiento procesal español, aún cuando no existe referencia legal a la institución de la corrección de la motivación jurídica, hay una práctica asentada del Tribunal Supremo en el sentido de desestimar los recursos de casación cuando no obstante ser errónea la motivación jurídica el fallo se ajusta a derecho e indicar, en la sentencia desestimatoria, los nuevos fundamentos jurídicos que sirven de apoyo al fallo y justifican su mantención (cfr. V. GUZMÁN FLUJA, 1996:104ss.). En el derecho francés en cambio, la corrección del fallo no excluye la casación de la decisión si alguna parte de la motivación es considerada un *exces de pouvoir* (cfr. BERGHOLTZ, 1990:78).

²³⁷ Lo mismo notan P. CHIASSONI, 1999:58 y M. TARUFFO, 1999:782.

de la motivación de las sentencias y en una clara diferenciación conceptual entre razonamiento decisorio y motivos por una parte y razonamiento justificativo por otra apunta a considerar críticamente la idea de que basta que pidamos a los jueces motivaciones más transparentes o más sinceras para que de ese modo esa institución recupere su sentido jurídico-político después de las dudas sembradas por la revuelta antiformalista (*supra* §93). Para esos efectos podríamos cerrar sin más esta sección, en la que hemos considerado porqué el concepto justificativo de motivación parece representar mejor que el concepto psicologista lo que (entendemos que) los jueces hacen cuando motivan una sentencia. Sin embargo no quisiera concluir este apartado sin hacer una breve referencia a las lamentables consecuencias que ha tenido el predominio jurisprudencial del concepto psicologista de la motivación en la determinación práctica del contenido y el alcance de la exigencia de motivación, particularmente en el terreno de la fundamentación fáctica.

Como explica Marina GASCÓN esa concepción psicologista de la motivación “hace que algunos sigan viendo imposible, o al menos muy difícil una *rigurosa* motivación de los hechos, porque imposible, o al menos muy difícil, resulta la explicitación y subsiguiente control de *todo* el proceso mental que ha llevado a la decisión” (1999:211, cursivas de la autora) ²³⁸. En otras palabras, dado que transparentar todos los pasos de un complejo proceso psicológico parece demasiado arduo, o aun imposible, se termina por imponer un estándar mínimo de motivación. Paradójicamente entonces, mientras algunas voces reclaman una motivación más transparente, la práctica jurisprudencial que acoge el concepto psicologista de motivación parece tener plena conciencia de la dificultad de requerir completa transparencia. Esta conciencia no lleva por otra parte –y, de nuevo, paradójicamente- a reconsiderar si tiene sentido mantener un concepto psicologista de motivación, sino a contentarse con la motivación inevitablemente incompleta.

§110. *Una prevención: motivación como signo en sentido propio y motivación como indicio.* El que identifiquemos el acto de motivar una decisión judicial como un caso especial del acto genérico de justificar (e insistamos por esa razón, más las razones institucionales consignadas más arriba, en el concepto justificativo de motivación) no excluye, por cierto, que el documento que constituye el producto de ese acto pueda ser

²³⁸ Este efecto se produce con especial intensidad en relación a la motivación de los hechos porque concurren allí el concepto psicologista con la concepción de la libre apreciación de la prueba como criterio de valoración consistente en la convicción íntima, por definición intransferible e irreproducible. Vid. al respecto GASCÓN ABELLÁN (1999:211) y FERRER (2002: y 2003.30).

leído en claves distintas a la de comprender cómo el juez pretende fundar la corrección de su decisión.

A esta posibilidad se refiere Michele TARUFFO (1975:45ss.) cuando aplica a la motivación, entendida como discurso o entidad lingüística, algunas categorías de análisis desarrolladas por la semiología. Aparecen entonces dos formas diversas de configurar la motivación como signo lingüístico: como “signo en sentido propio” y como “indicio”. En la teoría semiótica el uso de esa distinción toma en cuenta fundamentalmente la presencia o ausencia como criterio interpretativo de la suposición de una voluntad de significar algo en el emisor y el consiguiente recurso o no a cánones convencionales de uso del lenguaje. Así, mientras que la presencia de ese supuesto y el carácter convencional de los cánones, esto es, el recurso a aquellos que presumiblemente ha empleado el emisor, es propia de la interpretación de un “signo en sentido propio”, la ausencia de la intención de un cierto sujeto de comunicar algo y el carácter no convencional de los cánones interpretativos es propio de los indicios o síntomas.

De este modo, junto a la lectura de la motivación de una decisión judicial como “signo en sentido propio”, encaminada a comprender lo que el juez ha querido comunicar a través de ella, es perfectamente imaginable una interpretación de la misma como “indicio”. En este caso, la lectura estaría dirigida a establecer —a partir de circunstancias tales como las peculiaridades estilísticas o sintácticas del discurso, la reiteración de ciertas imágenes o conceptos, o bien a partir del significado propio de algunos de los enunciados que la componen— otros hechos como, por ejemplo, las simpatías ideológicas del juez, sus posibles prejuicios raciales o de género o su nivel cultural²³⁹.

La preferencia por un concepto justificativo de la motivación de las sentencias asume la perspectiva del lector que se aproxima a ella como “signo en sentido propio”, para quien la función justificativa de ese discurso constituirá un canon interpretativo fundamental. Pero definir a la motivación como una especie de justificación es compatible con el reconocimiento de perspectivas que la interpreten como “indicio”, entre las que se contaría una lectura que busque servirse de la motivación para formular una hipótesis sobre el desenvolvimiento del proceso psíquico de decisión o sobre los motivos efectivamente determinantes en la deliberación íntima del juez. Lo que la aceptación de un concepto justificativo de motivación excluye es que estas dos

²³⁹Algunos ejemplos de investigaciones que se han referido a la motivación como fuente de “indicios” se pueden ver en M. TARUFFO (1975:63ss.).

últimas lecturas sean pertinentes cuando nos aproximamos a la motivación como signo en sentido propio.

9.4. El error del realismo y de su versión de la transparencia en la motivación

§111. *La prioridad conceptual de las razones justificativas.* En la anterior sección concluíamos que el propósito evaluativo es distintivo de la motivación de las sentencias y que por eso resulta adecuado definirla como una clase de justificación e inadecuado en cambio definirla, según sugería el concepto psicologista, como una descripción del proceso psíquico de decisión o de los móviles determinantes de la acción del juez.

Los requerimientos de una práctica de fundamentación judicial más transparente o sincera que exhortaran al juez a explicitar en la motivación como llegó efectivamente a decidir de un cierto modo y cuáles fueron los factores que lo determinaron a tomar esa decisión, con independencia de cualquier consideración sobre su valor justificativo, incurrirían por consiguiente en un error conceptual, al no distinguir adecuadamente entre el concepto de motivo o razón explicativa y el concepto de razón justificativa, que es el único relevante en el contexto de la motivación de las decisiones judiciales. En otras palabras, una exigencia de sinceridad en la motivación que exija simplemente al juez transparentar sus motivos *cualesquiera que ellos sean*, con completa prescindencia de un análisis de lo que valga como buena razón justificativa, es inconsistente con lo que entendemos que se hace al motivar una decisión judicial, esto es, justificarla.

§112. *La confusión del realismo.* Este es precisamente el error que cometen los realistas cuando promueven una práctica de fundamentación más sincera de las decisiones judiciales. Un error que consiste esencialmente en no haber prestado atención a la naturaleza justificativa de la motivación y en no haber abordado seriamente el problema de la justificación de la decisión judicial.

Nótese que esta apreciación crítica no coincide exactamente con la forma en que suele ser expuesto el reproche al realismo jurídico por haber confundido el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales. La formulación usual de esa crítica, que encontramos por ejemplo en WASSERSTROM (1961:31) o REDONDO (1996:224), sostiene que el realismo se habría equivocado al considerar a la teoría silogística de la decisión judicial (también) como una teoría descriptiva de la actividad decisoria judicial, puesto que esa teoría *en verdad* hace

referencia solamente al contexto de justificación ²⁴⁰. A mi juicio esta enunciación del tópico de la confusión confunde a su vez la imagen del silogismo judicial presente en la cultura jurídica decimonónica, contra la que dirigió sus dardos el realismo, con la limitada rehabilitación del silogismo judicial que fue emprendida con posterioridad a la revuelta antiformalista. Mientras la segunda se integra ciertamente en una teoría o una doctrina de la justificación, la primera en cambio, como hemos tenido oportunidad de considerar antes (*supra* §54), aludía en su ambigüedad tanto al razonamiento decisorio del juez como a un modelo de fundamentación de las sentencias.

Otros autores, como BULYGIN (1963:349-50), sostienen, más prudentemente, que el error del realismo habría consistido en continuar con la misma confusión en que ya incurría la vieja teoría deductiva: así como ésta afirmaba la validez del esquema silogístico en relación a ambos contextos sin distinguirlos adecuadamente, el realismo, al negar su validez respecto de ambos contextos, tampoco habría tomado en cuenta sus diferencias. Frente a esta segunda formulación, tan sólo quisiera precisar que los realistas podrían haber negado la validez del argumento silogístico respecto de ambos contextos sin incurrir en ninguna confusión conceptual (sin perjuicio, por cierto, de otra clase de dificultades que habrían debido abordar), si lo hubieran hecho por razones distintas para uno y otro ámbito y no sólo, como en cambio ocurrió, por no constituir un modelo fiel de representación del razonamiento decisorio. Es por ello que a mi juicio el error del realismo consistió sobre todo en no prestar suficiente atención al problema de la justificación de las decisiones judiciales.

A pesar de haber puesto de relieve –a través de su concepción de la fundamentación públicamente ofrecida de las decisiones judiciales como una “racionalización” *ex post*, desligada de los factores influyentes en el proceso decisorio, que persigue hacer aceptable la decisión en el contexto de una cierta ideología de la función judicial- una distinción entre dos momentos de la tarea judicial que resulta muy próxima a la distinción posterior entre contexto de descubrimiento y contexto de

²⁴⁰ “He intentado mostrar las consecuencias de la falta de claridad [del significado de la expresión ‘proceso de decisión’] sugiriendo que *los proponentes y los oponentes de la teoría deductiva posiblemente no han estado hablando del mismo procedimiento*” (WASSERSTROM, 1961:31, las cursivas han sido agregadas). “Los realistas confunden el argumento práctico concebido como esquema de una inferencia válida, y el argumento práctico entendido como esquema teórico-reconstructivo de la acción. En todo caso *no advierten que cuando el positivismo se refiere a la aplicación de un argumento práctico deductivo, no pretende reconstruir el proceso psicológico del juez, sino la relación que debe guardar el contenido de su decisión final respecto de las premisas utilizadas*”(REDONDO, 1996:224, las cursivas han sido agregadas).

justificación,²⁴¹ los realistas no tuvieron en cuenta la diversidad de las perspectivas necesarias para abordar uno y otro.

Posiblemente lo que explica esa falta de atención sistemática al problema, inevitablemente normativo o evaluativo, de la justificación de la decisión judicial es la perspectiva empírica, centrada en la predicción de las decisiones futuras, que domina el proyecto de investigación del realismo jurídico²⁴². De ahí que su incursión en el plano prescriptivo se limitara a la sugerencia dirigida a los jueces de hacer de manera transparente lo que hasta ahora hacían de manera subrepticia, expresando en sus motivaciones las consideraciones sobre la funcionalidad para ciertos objetivos político-sociales de alguna de las posibles soluciones, que, de acuerdo a las investigaciones del realismo, determinaban efectivamente sus decisiones.

Pero esa propuesta, al no fundar en ninguna concepción definida de la justificación judicial el posible valor justificativo de los argumentos de *policy*, suponía, como hemos dicho, confundir los conceptos de motivo y razón justificativa y desconocer la naturaleza justificativa de la motivación

§113. *La transparencia y la previsibilidad de las decisiones judiciales.* Tal vez se podría pensar que en la medida que una práctica de motivación más transparente debía favorecer, según el realismo, una mayor previsibilidad de las decisiones judiciales futuras, este noble fin podría actuar como una especie de sustituto de esa faltante concepción de la justificación de la decisión judicial. Esto es, que siendo las motivaciones transparentes o sinceras medios para un buen fin, esa clase de motivación adquiriera, gracias a esa relación instrumental, valor justificativo.

²⁴¹ Una proximidad que puede reflejar la influencia que sobre los autores realistas ejerciera la obra de John DEWEY, quien, como se recordará (*supra* nota 215), se había adelantado a la formulación de la distinción entre los dos contextos al afirmar en un artículo sobre método lógico y derecho, publicado en 1925, que el silogismo “pretende ser una lógica de la rígida demostración, no de la búsqueda y el descubrimiento” (1925:21) y que “la lógica de la exposición es diferente de aquella de la búsqueda y la investigación” (1925:24).

²⁴² También I. LIFANTE VIDAL (1999:109) y J. A. PÉREZ LLEDÓ (1996:328, nota 18) matizan de un modo similar la usual crítica de la confusión de los dos contextos y notan como las opciones metodológicas del realismo americano permiten comprender su falta de atención al contexto de justificación. Como dice el último autor, “no es que los realistas se ‘equivocan’ por ‘olvidarse’ del contexto de justificación, es que parten de la decisión (...) de centrarse en el de descubrimiento” (1996:328).

Aun dejando de lado tanto la dificultad de precisar exactamente en qué consiste la previsibilidad de las decisiones judiciales,²⁴³ como el problema (sobre el que volveremos luego, *infra* §116) de la notable dificultad de controlar que las razones expresadas sean realmente aquéllas que han movido al juez a decidir de ese modo, y dando además por supuesto que la sinceridad en la motivación pueda ser un medio adecuado para favorecer el pronóstico de las decisiones judiciales futuras, no parece con todo que la sola previsibilidad de las decisiones judiciales pueda transformar una razón cualquiera, en la medida en que haya sido determinante y se explicita, en una buena razón justificativa. La posible relación *ex post* que la motivación transparente pueda tener con la previsibilidad de las decisiones judiciales *futuras*, no puede modificar la clase de relación que se establece entre las razones expresadas en la motivación y la decisión *actual*, expresada en la parte dispositiva de la sentencia. Pensemos por ejemplo en una jueza que motivara su decisión en un juicio civil aludiendo al objetivo de una distribución más equitativa de la riqueza que se logra condenando a la parte más rica. Por mucho que esa motivación haga posible prever, con mayores posibilidades de acierto, la orientación de futuras decisiones del mismo tribunal, eso no hace que el argumento de la instrumentalidad de la decisión respecto de una mejor distribución de la riqueza nos parezca una adecuada razón justificativa. Eso sólo podría conseguirlo una concepción de la justificación judicial, que fundamente por qué el juez debería decidir atendiendo a esa clase de consideraciones. Si no contamos con ese apoyo, entonces por mucho que gracias a esa motivación las decisiones futuras resulten previsibles en más alto grado, la decisión actual nos seguirá pareciendo injustificada y arbitraria.

Es interesante notar, en este sentido, que hay una diferencia fundamental entre el viejo ideal de la certeza jurídica y el fin de la previsibilidad, que los realistas proponen como su posible sustituto. Letizia GIANFORMAGGIO (1986c:162ss.) lo explica con claridad cuando distingue entre la certeza jurídica *como hecho* y la certeza jurídica *como valor*. Mientras la certeza como hecho es función de la previsibilidad del contenido de las decisiones jurídicas en sentido puramente probabilístico, la certeza como valor se traduce en la “controlabilidad de las decisiones jurídicas” y es función de

²⁴³ Como ha señalado Enrico DICOTTI (1999:9), analizando precisamente las dificultades que ese concepto suscita, “no es claro qué se pretende exactamente decir con la afirmación de que una decisión judicial es (o ha sido) previsible (o imprevisible), ni cuales son los sujetos para quienes las decisiones judiciales deberían resultar previsibles, es decir, los sujetos a tomar en consideración para controlar si una decisión judicial es (o ha sido) previsible (o imprevisible), ni cómo se puede controlar en qué medida son previsibles las decisiones judiciales en un determinado ordenamiento”. Remito al lector a las páginas siguientes de ese texto para encontrar una discusión detenida de cada uno de esos aspectos problemáticos.

la existencia de parámetros a los que se pueda sujetar su valoración como correctas o incorrectas²⁴⁴. La previsibilidad de las decisiones judiciales como valor termina de este modo remitiendo a su justificabilidad, puesto que los parámetros de control a los que se refiere GIANFORMAGGIO no pueden ser sino criterios sobre qué puede y qué no puede valer como buena razón justificativa, capaz de sostener la corrección de una decisión judicial.

§114. *La ausencia de una concepción acabada de la justificación judicial.* Seguimos entonces en el mismo punto en que habíamos quedado: al realismo jurídico le faltó una concepción acabada de la justificación judicial. Sólo hay, desperdigadas en algunos de sus trabajos, algunas referencias aisladas al valor no sólo explicativo sino también justificativo de las consideraciones instrumentales o de *policy*²⁴⁵. Pero no hay una concepción sistemática que se presente como sustituto de la concepción deductiva de la justificación jurídica que los realistas rechazaban (aunque, como ya hemos dicho, por razones que no resultan conceptualmente pertinentes para refutar una teoría o doctrina de la justificación judicial).

Ni siquiera resulta claro si esas consideraciones de *policy* debían actuar como razones justificativas de la formulación de la regla que pudiera servir como premisa mayor de la decisión, o bien directamente como justificación de la decisión judicial, que

²⁴⁴ La misma tesis, que identifica el valor específicamente jurídico de la certeza con la posibilidad de controlar las decisiones jurídicas, ha sido sostenida por Luis PRIETO SANCHÍS (1994:409).

²⁴⁵ Karl LLEWELLYN, por ejemplo, afirmaba en uno de sus artículos que “solamente consideraciones de objetivos políticos [*questions of policy*] y el enfrentar consideraciones de objetivos políticos puede *justificar* ‘interpretaciones’ (creaciones, desarrollo, diseño de conclusiones a partir) del cuerpo relevante de precedentes en un sentido o en otro”, y que la opción entre premisas igualmente dotadas de autoridad que compiten por ser aplicadas a un caso “sólo puede ser *justificada* como una cuestión de políticas” (1930a:1252-3, las cursivas han sido agregadas). El reconocimiento de un valor justificativo a las consideraciones de *policy* es coherente, por lo demás, con su concepción instrumentalista del derecho, destacada como uno de los puntos de partida comunes del realismo por el mismo autor (LLEWELLYN, 1931:1235): “la concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro” (cfr. también sobre este punto R.S. SUMMERS, 1981:*passim*). Sobre la presencia, si bien, insistimos, marginal, de la perspectiva justificativa en relación a la decisión judicial en el realismo *rule-skeptic*, cfr. también MERCADO PACHECO (1994:188ss.).

asumiría entonces la forma de un argumento práctico teleológico²⁴⁶. Hay algunos indicios que hacen plausible la atribución de la primera intención al menos a los *rule-skeptics*²⁴⁷, pero si así fuera, entonces ellos habrían incurrido en una contradicción al negar todo valor, aun justificativo, al esquema de argumentación deductivo, ya que esa es la forma argumentativa que permite representar la debida relación entre la decisión particular y una regla general, aun cuando esa regla general ya no sea concebida como un dato preexistente en el sistema jurídico sino como el producto de la actividad creativa del juez. La segunda alternativa de configuración de esa posible justificación instrumental de la decisión judicial parece, en cambio, más próxima a la simpatía que los *fact-skeptics* mostraban hacia una concepción equitativa de la tarea judicial²⁴⁸. Si bien ella sería consistente con el rechazo de los realistas a un modelo deductivo de justificación, no son pocas las objeciones que tendría que resistir, comenzando por su contraste con la asentada idea según la cual justificar una decisión particular supone universalizar, subsumir supuestos particulares bajo criterios generales (*infra* §128).

Ninguna elaboración detenida de estas cuestiones –ni una defensa del valor justificativo de los argumentos consecuencialistas, ni una defensa del particularismo en la justificación- se encuentra sin embargo en los planteamientos realistas. El interés del realismo por la justificación judicial parece haberse agotado en su negación, a través de la tesis de la indeterminación del derecho, de la capacidad justificativa del sistema jurídico. Descartada la posible justificación jurídica de la decisión judicial, el interés del realismo se volcó por entero a sus motivos. Como dice Alfonso GARCÍA FIGUEROA, “dado que no existe *ex ante* un sistema jurídico de *justificación* que preceda a la decisión judicial y sobre el que ésta pueda apoyarse, el estudio del Derecho se traslada

²⁴⁶ Esta distinción entre la justificación instrumental de la premisa mayor de la justificación de la decisión judicial y la justificación instrumental de la decisión, corresponde a la importante distinción entre consecuencialismo de la regla y consecuencialismo del acto.

²⁴⁷ Así, el texto de LLEWELLYN antes citado (*supra* nota 245) parece aludir al valor de las consideraciones consecuencialistas como razones justificativas de una interpretación de los materiales autoritativos o de la opción entre reglas contradictorias. En el mismo sentido parecen apuntar las propuestas constructivas ofrecidas por diversos realistas de la vertiente de los escépticos ante las reglas, que se presentan fundamentalmente como orientaciones para una adecuada formulación legislativa de las reglas o para su interpretación finalista (sobre ellas vid. *supra* nota 176).

²⁴⁸ Simpatía que resulta bien retratada en estas expresiones de J. FRANK: “El mejor juez es un árbitro (...) que trata de hacer justicia entre las partes ejerciendo sabiamente su discrecionalidad de acuerdo a las circunstancias peculiares del caso singular. Él no se limita a ‘encontrar’ o ‘inventar’ reglas generales que ‘aplicar’ a los hechos que le son presentados. Él practica ‘la equidad’...” (1930:157).

casi naturalmente al análisis de la *explicación* de los *motivos* de ese proceso psicológico” (1999b:61).

El requerimiento de transparencia en la motivación que en este contexto formula el realismo jurídico es en definitiva sólo un espejismo que, a pesar de las apariencias, no proporciona una vía para reconstituir el sentido jurídico-político de la motivación, pues ignora su función justificativa.

9.5. Otras versiones de la sinceridad en la motivación y sus limitaciones

§115. *La sinceridad y la exclusión de la argumentación estratégica.* Las razones que nos llevaban a descartar por inadecuado el concepto ‘psicologista’ de motivación parecen conducirnos hasta ahora a negar que tenga sentido una exigencia de transparencia o sinceridad en la argumentación judicial. Frente a esta conclusión cabría, sin embargo, argumentar que es posible entender la exigencia de sinceridad al motivar de una forma distinta a la que resulta de los planteamientos realistas. Ella podría consistir no en la demanda que el juez transparente las razones que lo han movido a decidir, cualesquiera que ellas sean, sino en el requerimiento que el juez resuelva guiado por buenas razones justificativas que explicita luego sinceramente en la motivación de sus sentencias.

Entendida del modo que acabamos de reseñar, la exigencia de una motivación transparente de las decisiones judiciales, no constituiría sino la aplicación a la argumentación del juez de una de las condiciones fundamentales para la posibilidad de toda comunicación, que Robert ALEXY enuncia entre las reglas del discurso racional, del siguiente modo: “Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree” (1978:185)²⁴⁹. En términos generales esta regla pretende excluir que se afirme la verdad, validez o corrección de una tesis que no considere verdadera, válida o correcta, o bien que se justifique una tesis aduciendo premisas que presentan como verdaderas o válidas, pero no porque el hablante las crea verdaderas o válidas, sino porque presume que su auditorio puede reputarlas tales y en consecuencia aceptar, sobre la base de ellas, la tesis sostenida.

En el caso de la argumentación del juez la condición de sinceridad exigiría que las razones justificativas públicamente expuestas en la motivación sean sostenidas de

²⁴⁹ Como agrega el mismo ALEXY, sin esta regla fundamental no sería posible tampoco la mentira, “pues si no se presupone ninguna regla que exija sinceridad, no es concebible el engaño” (1978:186).

buena fe y no estratégicamente, esto es, simulando creer en ellas con el fin de obtener la persuasión del auditorio, para dejar ocultas otras razones que han sido efectivamente determinantes en su deliberación, pero que no es correcto u oportuno publicitar²⁵⁰. Así, ella no sería observada si el juez adujera en la motivación razones justificativas en las que no cree o que no acepta, ya sea porque cree que su decisión es correcta por razones distintas de las que ha expresado en la motivación –como, por ejemplo, si cree que su decisión es correcta porque es la que favorece a la parte más débil socialmente, aunque sabe que esa razón, que él acepta como buena razón justificativa, no vale como tal para el auditorio al que dirige su sentencia-, o bien porque no ha actuado motivado por la creencia en la corrección o justificabilidad de su decisión, sino por razones (capaces, aún desde su propia perspectiva, de explicar, pero no de justificar su acción) que miran a su interés individual –como, por ejemplo, con el fin de ascender en la carrera judicial o de cobrar un soborno- y que sabe no publicables²⁵¹.

§116. *Limitaciones de la segunda versión de la sinceridad en la motivación.* A diferencia de la primera versión de la exigencia de una motivación transparente de las decisiones judiciales, la que acabamos de examinar es ciertamente consistente con el

²⁵⁰ La distinción entre “argumentar” y “hacer uso estratégico de la argumentación” ha sido introducida por Jon ELSTER en su análisis del discurso político (cfr. especialmente 1991:113-136), donde, sirviéndose de la distinción de HABERMAS entre acción comunicativa y acción estratégica, diferencia entre quienes argumentan adoptando sinceramente una actitud de imparcialidad y quienes argumentan sólo fingiendo adoptar una actitud imparcial porque les resulta útil para perseguir, a través del discurso, sus intereses privados. Concordamos con Enrico DICCIOTTI cuando considera posible adoptar una definición de “uso estratégico de la argumentación” más amplia que aquella propuesta –en razón de sus específicos intereses teóricos– por Elster, que abarque todos aquellos casos en que se argumenta violando la regla de la sinceridad (cfr. DICCIOTTI, 1999:276). La idea de “buena fe” en la deliberación es central en el análisis del razonamiento judicial desarrollado por Steven BURTON (1992) y a ella se opone el uso oportunista e instrumental de los argumentos jurídicos (1992:93-4, 155).

²⁵¹ En estas dos situaciones, a pesar de hacer afirmaciones en las que no cree, el juez argumenta con el fin de lograr la aceptación de su decisión por el auditorio. Ello no ocurriría en una situación aún más extremada de falta de sinceridad al motivar que es también imaginable. Ella tendría lugar si un juez justificara una decisión con el secreto propósito de que ella no sea aceptada por su auditorio, ofreciendo para ello premisas de las que no se sigue la corrección de la decisión o bien premisas inaceptables para éste. Considerando este posible caso de uso estratégico de la argumentación por el juez, Enrico DICCIOTTI pone el ejemplo de las denominadas “sentencias suicidas”, que el redactor vuelve intencionalmente incoherentes con el fin de obtener su anulación en casación (1999:278-9; Dicciotti remite al lector interesado en esta curiosidad procesal a un texto de Gennaro ESCOBEDO, *Le sentenze suicide* [Bocca, Milán, 1942]).

concepto justificativo de la motivación²⁵². Ella resulta, por lo demás, próxima a la comprensión intuitiva de las razones justificativas como aquéllas que “debieran motivar” al agente²⁵³. Con todo, su virtualidad como herramienta para avanzar hacia la reconstrucción de un sentido garantista para la motivación de las sentencias se encuentra doblemente limitada.

Por una parte, la compatibilidad de la exigencia de transparencia con un concepto justificativo de la motivación de la decisión judicial se funda en el hecho que ella presupone una concepción sobre las razones justificativas apropiadas, para exigir luego que ellas sean enunciadas sinceramente en la motivación. De eso se sigue que la exigencia de transparencia no podrá constituir una vía autónoma hacia el restablecimiento de la confianza en la motivación, pues supone necesariamente la concurrencia de una teoría o doctrina de la justificación judicial, que precise qué clase de razones deberían motivar al juez. Esta segunda versión de la demanda de sinceridad, que ahora examinamos, no permite, por lo tanto, eludir la pregunta por la posibilidad de la justificación jurídica y, en general, la pregunta por el razonamiento justificativo válido de una decisión judicial (como en cambio, parecía poder hacerlo la primera versión al prescribir la expresión sincera de los motivos, con completa independencia de la cuestión de su valor justificativo). En síntesis, la exigencia de transparencia sólo puede constituir en el mejor de los casos un complemento que ayude a restablecer la confianza en la motivación de las decisiones judiciales como garantía frente al juez.

Aun que esto último pueda ocurrir resulta, sin embargo, discutible. Porque la segunda dificultad con que topa la exigencia de transparencia es que la verificación de su satisfacción no sólo es extremadamente difícil, en tanto supone una indagación relativa a los procesos psíquicos del juez que difícilmente podrá ser concluyente,²⁵⁴ sino

²⁵² Por consiguiente, si el concepto ‘psicologista’ de la motivación de las decisiones judiciales no representara sino una forma de expresar esta segunda versión de la exigencia de sinceridad, entonces esa noción podría ser compatible con el concepto justificativo de motivación. Como ha señalado Paolo CHIASSONI (1999c:57-8), ambos conceptos no resultan necesariamente incompatibles en la medida que el primero incluya implícitamente dos ideas: “a) la idea de que el iter decisorio debe consistir únicamente en razones formulables o traducibles en términos jurídicos; b) la idea que, en cualquier caso, la motivación no debe –ni puede– reproducir los eventuales ‘verdaderos’ motivos de la decisión, si se encuentran constituidos por idiosincrasias, inconfesables razones de oportunidad, factores causales como el estado de salud psico-física del juez, etc.”. En síntesis, el concepto psicologista de motivación resulta compatible con el concepto justificativo en la medida que suponga, el primero, la prioridad conceptual del último.

²⁵³ Vid. BAYÓN MOHÍNO (1991:44).

²⁵⁴ Dejando de lado el problema de la opacidad de las causas de la acción para el propio agente – sobre la que tanto han enseñado el marxismo y el psicoanálisis-, las dificultades epistemológicas que suscita la cuestión del acceso a ellas por un tercero son considerables. Si una simulación no deja huellas

que es además irrelevante. En los siguientes párrafos examinaremos esta segunda limitación.

§117. *La sinceridad como condición presupuesta del discurso justificativo del juez.* Cuando el juez aduce ciertas razones como premisas en la justificación de su decisión manifiesta un estado intencional característico: la creencia en la verdad o la aceptación de la validez de las premisas que invoca. Como explica SEARLE (1983:24), eso ocurre en el caso de cualquier acto de habla: todo acto de habla constituye una expresión del estado intencional correspondiente. La presencia del estado intencional correspondiente es, en ese sentido, definitoria del tipo de acto de habla en cuestión. Así, no es posible realizar el acto de justificar (una decisión judicial, en nuestro caso) sin expresar la creencia en o la aceptación de las premisas.

De ahí lo desconcertante que resultaría que un juez expresara en la motivación de una sentencia que su decisión se sigue de tal interpretación de una cierta disposición jurídica y agregara luego que él no cree que esa interpretación sea correcta, o bien, que expresara que su decisión se sigue de tal norma jurídica y agregara que no acepta que esa sea una razón justificativa válida de su decisión. El acto nos parecería defectuoso -pragmáticamente contradictorio- y se frustraría²⁵⁵.

Ese defecto no tiene lugar, sin embargo, si el hablante, *sin expresarlo*, no tiene el estado intencional que presuponemos en quien ofrece una justificación. Si un juez realiza un acto que en su aspecto externo –su producto lingüístico– reconocemos como justificación de su decisión, le atribuiremos los estados intencionales correspondientes, con independencia de que efectivamente los tenga o no. Como señala María Cristina REDONDO (1996:81), aunque la definición del acto genérico de justificar comprenda la presencia en el hablante de un determinado estado intencional, las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto de justificación admiten la atribución de la acción de justificar en determinadas circunstancias, *aún sin prueba de la intención*. La ausencia, en esos casos, del estado intencional correspondiente, no impide, *si es ocultada*, la atribución de la acción individual al concepto genérico de justificar. Ese ocultamiento

externas, si la motivación del juez nos parece jurídica y lógicamente impecable, verificar una hipótesis sobre sus motivos efectivos resulta extraordinariamente difícil. Vid. Sobre estas dificultades J. WROBLEWSKY (1992:14-15).

²⁵⁵ Esta contradicción pragmática -o performativa, como la llaman otros autores- consiste en una incompatibilidad entre los dos actos que se realizan conjuntamente: un acto lingüístico y enseguida la negación del estado intencional que define el primer acto en su aspecto interno. Vid. al respecto J. AUSTIN (1962:91ss.), J. SEARLE (1983:24), R. ALEXI (1992:44) y C. REDONDO (1996:81-2).

no sólo no es obstáculo para la imputación sin que es, dice REDONDO, “síntoma de que el hablante tiene la habilidad genérica necesaria para realizar ese tipo de acto”, pues “el agente sabe que si manifestara la ausencia de la actitud que lo define, caería en una contradicción pragmática y no lograría la finalidad que se propone” (1996:82), esto es, dar a entender que justifica la acción.

La sinceridad –esto es, que esté presente el estado intencional manifestado en el acto de habla- es, en este sentido, *condición* de la justificación, en cuanto la presencia del estado intencional correspondiente es un aspecto definitorio del acto de justificar, pero es una condición *presupuesta*, que no está sujeta a comprobación. Si un juez desarrolla un argumento justificativo apropiado en la motivación, presupondremos que cree en la verdad o acepta la validez de las premisas que invoca, de modo que será irrelevante desde el punto de vista de la calificación del acto particular del juez como una justificación si éste es efectivamente sincero o simula la presencia de ese estado intencional²⁵⁶.

§118. *También para el control de la satisfacción de la exigencia jurídica de motivación la comprobación de la sinceridad resulta irrelevante.* Veámos recien como la descripción de un acto lingüístico concreto como justificación prescinde, en términos generales, de la comprobación de los estados intencionales del hablante, siendo suficiente que los simule. Eso ocurrirá también en el caso de la calificación del discurso ofrecido por el juez en la parte considerativa de su sentencia. Para calificarla como motivación –esto es, como una clase de justificación- bastará que ella presente la forma argumentativa apropiada.

Ese es el aspecto que interesa también desde el punto de vista de los controles actualmente existentes en los ordenamientos jurídicos que prevén una exigencia legal de motivación. Al evaluar la motivación concretamente ofrecida por un tribunal -con ocasión, por ejemplo, de un recurso de casación- sólo se considerará la adecuación y la suficiencia de las razones justificativas expuestas. Si los argumentos expuestos en la motivación son juzgados como apropiados y suficientes, la sinceridad o falta de sinceridad con que ellos sean sostenidos resulta irrelevante. De ahí que no tenga sentido imaginar a una parte alegando en esa clase de recurso que el juez que ha dictado sentencia no ha sido sincero al motivarla.

Cuando el derecho regula el razonamiento del juez, lo que resulta relevante es la conformidad *exterior* de su conducta a sus prescripciones, esto la regularidad de la argumentación públicamente expuesta en la motivación. Se trata, por lo demás, de lo

²⁵⁶ En el mismo sentido vid. MACCORMICK (1978:14-15).

que generalmente ocurre con la regulación jurídica de la conducta, dadas las extraordinarias dificultades que supone la prueba de la presencia o ausencia efectiva de un cierto estado intencional.

Nada impide por cierto a las partes, a los juristas o al público, hacer conjeturas sobre la mala fe del juez y sus verdaderos móviles para decidir de un cierto modo. Podrán servirse incluso de la motivación como fuente de indicios para sostener dichas conjeturas –así, por ejemplo, ciertas frases levemente sexistas podrían indicar que el juez fue determinado por prejuicios machistas más que por los argumentos técnicos que expuso en su motivación²⁵⁷. Pero esas conjeturas sobre lo que ocurrió *in mente iudicis* no serán relevantes ni para calificar el discurso del juez como justificación ni para evaluar la debida satisfacción de la exigencia jurídica de motivación²⁵⁸.

§119. *La sinceridad como ideal regulativo del discurso judicial.* ¿Implica esta conclusión que para el derecho carece por completo de importancia si el juez es sincero al argumentar o si en cambio argumenta estratégicamente, ocultando sus verdaderos móviles? A nuestro juicio nuestra conclusión –que pretende, insistimos, revelar como la sinceridad constituye una condición de la comunicación, que presuponemos en quien justifica, sin requerir una, por lo demás extremadamente difícil, comprobación– no excluye que la sinceridad en la motivación pueda constituir un ideal regulativo significativo para el derecho.

Creo que este último es el punto que pretende iluminar Josep AGUILÓ (1997 y 2003), cuando afirma que si la independencia y la imparcialidad son, como ocurre en un Estado de derecho, deberes definitorios de la posición institucional del juez, entonces no es correcto afirmar –como hace la teoría estándar de la argumentación jurídica– que al derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justificativas y se desentiende del contexto de descubrimiento y las razones

²⁵⁷ En este caso la motivación no será leída como *signo en sentido propio* sino *indicio* (*supra* §110).

²⁵⁸ Gunnar BERGHOLTZ lo expresa con gran claridad: “...al emitir un juicio sobre la decisión de un tribunal la cuestión crucial se convierte en si las razones dadas suministran o no una justificación bien fundada y jurídicamente válida de la decisión. En esta perspectiva la otra cuestión, es decir, cómo se generaron realmente las razones dadas y si éstas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Así, si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones ‘reales’ del juez. Tampoco importa, del mismo modo, si las razones no están bien fundadas o no son legalmente válidas. En cualquier caso, las razones realmente dadas serán juzgadas por sus propios méritos. (...) El énfasis, entonces, es desplazado, mediante la formulación de razones, desde las cuestiones genéticas a la extraordinaria importancia de la justificación racional y explícita” (1990:84-5).

explicativas, pues esos deberes suponen la exigencia “que la explicación y la justificación de la conducta [del juez] coincidan” (1997:79).

Tanto el principio de independencia como el de imparcialidad pretenden en definitiva –sostiene AGUILÓ– cautelar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social en el primer caso y del proceso en el segundo. Ellos configuran la forma de obediencia al derecho que un estado de derecho espera de los jueces, de modo que un juez independiente e imparcial no es sino un juez que actúa por las razones que el derecho le provee: un juez, dice el autor, “que aplica el Derecho (actúa en correspondencia con el deber) y lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra” (2003:50)²⁵⁹.

En este sentido, señala AGUILÓ, los mecanismos institucionales que los sistemas jurídicos suelen prever para asegurar la independencia y la imparcialidad –las limitaciones al derecho de asociación y el régimen de incompatibilidades, en un caso, y la abstención y la recusación, en el otro– cumplirían no tanto la función de prevenir posibles prevaricaciones, asegurando el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho (y no desde las pasiones o los intereses del juez), cuanto la de reforzar la credibilidad de las razones jurídicas que el juez aduce a favor de su fallo y evitar que ellas “puedan ser vistas como meras racionalizaciones de móviles extraños al Derecho” (1997:77 y 2003:52).

Si se admite lo anteriormente dicho, la conclusión que según nuestro autor fluye es que el derecho no se desentiende del todo del contexto de descubrimiento y que, por el contrario, “trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan” (2003:54). Esta conclusión puede, en nuestra opinión, ser admitida, aunque con algunas prevenciones.

En primer término, habría que decir que la lectura que AGUILÓ hace de los mecanismos institucionales de tutela de independencia y la imparcialidad como garantías tendientes a controlar que el juez no decida motivado por factores diversos a las razones justificativas apropiadas que debieran motivarlo parece efectivamente plausible. Es interesante notar, sin embargo, que esa lectura sólo hace sentido en el contexto de una concepción no formalista del derecho y de la decisión judicial. Pues si hubiera, como el formalismo quería, una única respuesta correcta, determinable en

²⁵⁹ AGUILÓ nota que existe cierta proximidad entre la concepción de la independencia judicial como el correlato del derecho de los ciudadanos a ser juzgados sólo desde parámetros jurídicos y la idea que el sistema jurídico proporciona una única respuesta correcta para cada caso (2003:50). La vía abierta a su juicio para dar cuenta de las exigencias derivadas del principio de imparcialidad en un contexto en que se admita la indeterminación parcial del derecho es la de la argumentación racional (2003:50 y 55).

forma incontrovertible a partir del derecho, entonces simplemente el juez por mucho que estuviera afectado por un interés privado en el litigio no podría sino resolver de la única manera correcta. Si no lo hiciera, intentando favorecer a la parte a la que se encuentra ligado por amistad, su sentencia podría ser impugnada por ser jurídicamente incorrecta. En ese contexto los móviles del juez serían siempre irrelevantes y la preocupación de esas garantías por la persona de los jueces aparecería como un anacronismo incoherente con el modelo del juez sujeto al deber de justificar su decisión en derecho, un vestigio del viejo modelo de juez virtuoso, que debe ser capaz de reflejar en su persona la del monarca y la de Cristo (*supra* §30)²⁶⁰. Solamente si es posible que frente a un caso haya varias soluciones justificables jurídicamente cobra sentido la necesidad de reforzar la confianza en la sinceridad de la motivación expresada por el juez a través de garantías tales como la abstención y la recusación. Bajo este supuesto, el contexto de una relación estrecha de amistad del juez con una de las partes o un interés económico del juez en el litigio, podrían dificultar la atribución del estado intencional apropiado, sin necesidad de prueba de su presencia efectiva, al juez que justifica (como, según veíamos antes, ocurre generalmente, de acuerdo a las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto de justificación).

Lo que haría entonces el derecho a través de esos mecanismo institucionales sería evitar esa clase de situaciones, de manera que la sinceridad del juez pueda ser tranquilamente presupuesta. En este sentido, no resulta del todo exacto decir que “el Derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan”. El derecho sólo trataría de controlarlos *antes* de que tenga lugar la acción del juez de decidir, a través de mecanismo que buscan evitar que ocurran la clase de situaciones a la que antes nos referíamos; pero no hay control *ex post* del derecho sobre los motivos por los cuales un juez ha decidido. Cuando un juez ya ha dictado sentencia, sólo se controlará la adecuación y suficiencia de las razones justificativas expresadas en la motivación y la sinceridad o mala fe del juez será, como antes concluíamos, irrelevante.

§120. *¿De qué hablamos cuando hablamos de transparencia en la motivación?* La segunda versión de la exigencia de transparencia en la motivación que hemos examinado en los párrafos precedentes ponía de relieve una condición de toda comunicación y también una condición de toda justificación. Sin embargo, en la

²⁶⁰ Existe un interesante trabajo de Jorge MALEM (2001) que se pregunta si las “malas personas” pueden ser buenos jueces y explora las tensiones entre las garantías personales (que en algunos sistemas jurídicos siguen exigiendo del juez incluso un especial “decoro” en su vida privada) y el modelo de legitimidad judicial asociado a la exigencia de motivación de las sentencias.

medida que la condición de sinceridad es, como veíamos, por regla general presupuesta sin necesidad de comprobación de la presencia efectiva de los estados intencionales apropiados, hablar de una “exigencia de transparencia” resulta, en este sentido, algo desorientador. Pues, como hemos dicho, se trataría de una exigencia cuya satisfacción concreta en cada decisión judicial justificada no estaría sujeta control (un control que resultaría, por lo demás, como se ha dicho, extraordinariamente difícil de llevar a cabo).

Cabe preguntarse entonces si los reclamos de una motivación más transparente de las decisiones judiciales formulados en tiempos recientes por autores como TARUFFO, PRIETO SANCHÍS, ANDRÉS IBAÑEZ y GUASTINI (*supra* §97) hacen referencia realmente a la sinceridad entendida en este último sentido²⁶¹.

Recordemos que en el caso de esos autores el requerimiento de transparencia estaba ligado a una crítica del estilo usual de motivación de las sentencias por la falta de expresión y justificación de las elecciones interpretativas realizadas por los jueces para llegar a una decisión y su ocultamiento bajo la apariencia de ser aquella la única respuesta lógica y jurídicamente posible. De modo que en el caso de este reclamo no parece estar en juego tanto el problema del posible uso estratégico de la argumentación expresada en la motivación y de la discordancia entre los verdaderos motivos del juez y las razones justificativas publicadas, cuanto el problema de una motivación en algún sentido insuficiente o incompleta.

El propio TARUFFO, uno de los autores que más ha insistido en la crítica al estilo de motivación que oculta y no justifica las elecciones del juez, distingue de hecho esta forma de “motivación ficticia” de otro sentido en que cabría hablar de motivación ficticia, esto es, para designar la motivación que no corresponde con las razones reales de la decisión²⁶². La motivación ficticia que a él le interesa denunciar representa, dice el autor, “no tanto la violación de una obligación ético-jurídica del juez de decir la verdad”, cuanto la elusión “no obstante la apariencia de un discurso justificativo correcto desde el punto de vista lógico-jurídico, de la exigencia de racionalización y controlabilidad de la decisión que constituye la *ratio* del deber de motivar” (1975:306-7).

²⁶¹ Podemos descartar fácilmente que hablen de transparencia en el primero de los sentidos que hemos considerado, el característico de los planteamientos realistas (*supra* §70), porque todos estos autores consideran y admiten la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación o razones explicativas y razones justificativas y hacen expresa referencia a la función justificativa de la motivación.

²⁶² Cfr. especialmente TARUFFO (1975:266, nota 110).

Si suponemos que esta precisión sería compartida por los demás autores que reclaman transparencia en la motivación, entonces lo que ellos reclaman es una motivación completa, que comprenda no sólo la enunciación de las premisas de las que se sigue la conclusión, sino también la justificación de la construcción de esas premisas que el juez ha seleccionado entre otras posibles²⁶³. Eso es lo que demandarían al pedir la justificación de las elecciones que ha debido enfrentar el juez en su deliberación. El problema, sin embargo, de configurar un modelo de motivación completa sobre la base de una exigencia de transparencia de las elecciones del juez, es que el control de la satisfacción de ese modelo por una motivación concreta parece quedar enfrentado a dificultades análogas a las que suscitaba la verificación de la coincidencia entre las razones justificativas enunciadas por el juez y sus motivos internos. Parece que también para saber si el juez ha sido efectivamente transparente, si ha justificado todas las elecciones entre premisas alternativas que ha realizado, será necesario emprender una indagación, extremadamente difícil, del itinerario mental que ha seguido el juez al deliberar.

Curiosamente, sin embargo, esta dificultad de comprobación, característica de las otras dos versiones de la exigencia de transparencia que hemos examinado, es notada también por Michele TARUFFO. Así, cuando TARUFFO distingue el defecto en la motivación que él critica del defecto que consiste en la falta de coincidencia entre las razones expresadas y las razones reales de la decisión, precisa que esta última clase de falsedad es “escasamente relevante” porque “en general es imposible verificar esa correspondencia”²⁶⁴. Por consiguiente habría que pensar, *a contrario*, que TARUFFO entiende que la noción de motivación ficticia a la que él si atribuye relevancia no resultaría afectada por este inconveniente, de modo que sería posible constatar su ocurrencia *sin tener que recurrir a un imposible cotejo con la deliberación interna del juez*.

¿A qué se dirigirá entonces ese control de la transparencia en la motivación? Aunque TARUFFO no lo precisa –ni tampoco los demás autores que nos interesan- cabe

²⁶³ Como decíamos al considerar las diversas configuraciones de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, una de ellas –la que sostendrían TARUFFO y los demás autores que demandan mayor transparencia en la motivación- considera que éste último comprende no sólo la justificación de la conclusión –la *justificación interna*- sino también la justificación de las premisas –la *justificación externa*. Vid. *supra* nota 223 e *infra* §152.

²⁶⁴ TARUFFO (1975:266, nota 110). Cfr. también 1999:780, donde señala que “el criterio con que evaluar las bondades y los vicios de la motivación no puede ser la verificación empírica de su correspondencia con las ‘razones reales’ de la decisión, por la buena razón que esta verificación es imposible”.

suponer que ese control se dirigirá a constatar si las premisas que el juez invoca en la fundamentación de su sentencia como evidentemente correctas, pueden razonablemente ser reputadas tales. Para realizar esa evaluación se debería atender al contexto de desacuerdos en que la decisión judicial tiene lugar y ante todo a los desacuerdos que han enfrentado a las partes en el proceso que la sentencia viene a concluir, pues nada que haya sido objeto de controversia en el proceso puede ser razonablemente reputado por el juez como evidente y eximido de justificación en su motivación. Dicho de otro modo, puesto que el proceso expresa, de acuerdo con ciertas reglas, una contienda dialéctica entre al menos dos hipótesis acerca de los hechos ocurridos y/o el derecho aplicable, entre las cuales el juez ha debido decidir justificadamente, parece razonable esperar, en ese contexto, que la motivación de su decisión ofrezca no sólo razones a su favor, sino también respuesta a las objeciones que puedan seguirse de los argumentos de las partes.

De este modo el referente relevante para evaluar si la motivación es completa ya no sería la *deliberación interna* del juez, las elecciones que efectivamente ha realizado, sino, como decíamos, el *contexto de desacuerdos razonables* en que la decisión tiene lugar ²⁶⁵. Si es esta exigencia de suficiencia o plenitud de la motivación la que se quiere expresar a través del requerimiento que venimos analizando, entonces hablar de “transparencia” de las “elecciones del juez” –dos expresiones que aluden a la deliberación interna del juez- resulta desafortunado. A nuestro juicio una vía crítica que por su claridad resulta más promisoría es la que han explorado recientemente algunos autores como VOGLIOTTI (1996), IACOVIELLO (1997:226ss.) e IGARTUA SALAVERRÍA (1998 y 2003:116ss.). Ella consiste en poner énfasis en la *dimensión dialéctica* de la motivación de las decisiones judiciales que, sobre todo en el contexto de un proceso contradictorio, requiere no sólo la justificación lineal del fallo, sino también la justificación de la derrota de las hipótesis alternativas de formulación de sus premisas normativas o fácticas, (al menos de las) enfrentadas por el juez en el debate procesal.

De acuerdo a la interpretación que hemos propuesto de la última versión del reclamo de transparencia en la motivación, en definitiva de lo que se habla cuando se habla de transparencia es de un modelo de justificación de las decisiones judiciales para los casos difíciles. Ya hemos dicho que nos parece una forma poco clara de hablar.

²⁶⁵ De esta forma no sólo no se suscitan las dificultades de un control que supondría atisbar *in mente iudicis*, sino también se evita una segunda dificultad: es posible que desde el punto de vista de la deliberación interna no haya sobre un cierto asunto “elección” del juez, porque éste esté totalmente condicionado a aceptar o creer en una cierta premisa y que, sin embargo, desde el punto de vista de un observador exista un desacuerdo razonable sobre su validez que el juez debiera resolver fundadamente.

Pero lo que interesa destacar ahora, para concluir esta sección, es que, así entendida, la exigencia de transparencia en la motivación no constituye en cualquier caso un atajo que permita eludir la pregunta por la plausibilidad y las condiciones de la justificación jurídica de la decisión judicial en la estación del desencanto. Si lo que se reclama a través de ella es una motivación completa, que comprenda también, cuando se trata de un caso difícil, la justificación de la construcción de las premisas normativas²⁶⁶, se está suponiendo que es posible o tiene sentido la justificación jurídica de la decisión judicial aún cuando el derecho no determine con certeza frente al caso una única respuesta correcta. Se confirma entonces que esta es la cuestión básica a abordar para intentar reconstituir un posible sentido garantista para la exigencia de motivación de las sentencias. Esa es la tarea que acometeremos en el próximo capítulo. Antes sin embargo interesa volver brevemente sobre las relaciones entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo del juez.

9.6. Las relaciones entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo del juez

§121. *De la simetría a la asimetría entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo.* La concepción formalista de la decisión judicial suponía una completa simetría entre el razonamiento decisorio del juez y el razonamiento expresado en la motivación. La subsunción del caso particular en la norma y la deducción de la conclusión era, como se recordará, el método que el juez debía seguir al decidir, para representarlo luego en la motivación, a fin de que cualquiera pudiera hacer el ejercicio de volverlo a recorrer y llegar a la misma unívoca conclusión (*supra* §54).

La revuelta antiformalista significó la puesta en discusión de esa simetría. La crítica de la validez del silogismo judicial como modelo descriptivo del proceso decisorio parecía constituir un impulso hacia una imagen asimétrica de la deliberación interna y la justificación pública de la decisión. Sin embargo, el péndulo volvió

²⁶⁶ Desde este punto de vista la crítica que hemos realizado en este párrafo al reclamo de transparencia por su ambigua referencia a la deliberación interna del juez apuntaría a precisar que lo relevante para discernir cuando un caso es difícil y requiere una decisión justificada no sólo internamente (la conclusión), sino también externamente (las premisas), no es la indeterminación *causal* sino la indeterminación *racional* o normativa. Sobre la irrelevancia, en este sentido, de la indeterminación causal vid. REDONDO (1997:179). Sobre los conceptos de indeterminación causal y racional vid. B. LEITER (1995) y *supra* §63.

rápidamente hacia la simetría, a través de la defensa que el realismo jurídico hizo de una práctica de motivación transparente, que diera cuenta de los motivos efectivamente determinantes en la deliberación del juez.

A lo largo de este capítulo hemos considerado las razones para mantener una clara distinción conceptual entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo y para afirmar claramente la prioridad del concepto justificativo sobre el concepto psicologista de motivación. Hemos defendido, en ese sentido, la idea de una asimetría conceptual entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo.

§122. *La conexión entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo.* Esta asimetría no supone sin embargo afirmar la ausencia de toda relación entre ambos contextos. Veamos porqué.

Del juez se espera en todo sistema jurídico que resuelva fundadamente, conforme a derecho. Esto significa que su decisión debe ser justificada o -si se quiere mantener la referencia de la expresión justificación a un acto de habla y a su producto lingüístico- que debe ser *justificable* conforme a derecho. La *justificabilidad* de la decisión judicial, esto es, la posibilidad de sostener esa decisión como conclusión de un razonamiento justificativo intersubjetivamente válido, es, por consiguiente, algo que el juez debería considerar en algún momento de su deliberación²⁶⁷. Y esta necesidad de considerar en algún momento de la deliberación las razones justificativas de la decisión se vuelve, por cierto, más apremiante si el juez está sujeto no sólo al deber de resolver fundadamente sino al deber de expresar públicamente esa justificación .

La exigencia de motivación expresa, por lo tanto, y refuerza esa debida relación entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo. Ella cumple, en este sentido, como suele decirse, una “función de autocontrol del juez” o de “racionalización de la decisión”²⁶⁸.

²⁶⁷ Esta conexión es puesta de relieve por quienes –como WASSERSTROM, según se recordará (*supra* §102)- refieren la expresión “contexto de justificación” a la fase del proceso decisorio en que el juez, de modo análogo a lo que hace el científico con su hipótesis, pone a prueba o verifica la corrección de su decisión tentativa. Como decíamos al considerar esta forma de presentar la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, parece más claro caracterizar la evaluación interna de la justificabilidad de la decisión como un momento del “contexto de descubrimiento” (o, utilizando la terminología que en este trabajo hemos preferido, del razonamiento decisorio) que representa el punto de contacto o relación entre éste y el contexto de justificación.

²⁶⁸ Cfr. G. BERGHOLTZ (1990:81-5), M. TARUFFO (1991:139, 1998:801-2), F. SCHAUER (1995:652-3), P. ANDRÉS (1992:290-1), F. IACOVIELLO (1997:8), M. GASCÓN ABELLÁN (1999:202), J. FERNÁNDEZ ENTRALGO (1989:71), J. IGARTUA SALAVERRÍA (2003:81,85), I. COLOMER HERNÁNDEZ (2003:134-6). Merece la pena referir expresamente las palabras de Marina GASCÓN, quien destacando la “importantísima función” de la

El análisis de esta conexión plantea varias cuestiones diferentes: por una parte cuestiones de heurística judicial, relativas, respectivamente, a la forma que asume o a la que debiera asumir, *in mente iudicis*, ese razonamiento de autocontrol y, por otra parte, una cuestión teórica relativa a la extensión e intensidad del límite que la evaluación de la justificabilidad puede significar para el espacio de decisión del juez.

§123. *El control de la justificabilidad in mente iudicis*. La representación heurística de la deliberación judicial es todavía, como han recordado M. ATIENZA (1991:239) y B. ANDERSON (1995 y 1996), un terreno de investigación poco explorado. Tras las indagaciones pioneras del realismo jurídico, algunas aportaciones recientes han contribuido a poner en duda la imagen de una neta separación entre las intuiciones iniciales sobre la decisión debida y su confirmación a través de la consideración de las posibles razones justificativas –que era la imagen que resultaba de la caracterización que el realismo jurídico hacía de la justificación de estilo deductivo como una “racionalización *a posteriori*”, construida por el juez en una fase separada y final (*supra* §69).

Así, por ejemplo, la hermenéutica ha mostrado, a través del concepto de precomprensión, como el juez se enfrenta a los hechos que debe juzgar a través de una red de preconceptos que afecta sus intuiciones iniciales y que está a su vez determinada por la clase de justificación admitida en la cultura jurídica a la que pertenece y que ha ofrecido en sentencias anteriores²⁶⁹. Por otra parte, la imagen del círculo o la espiral hermenéutica, aportada por la misma tradición, y también el modelo heurístico de

motivación respecto del propio juez, nota como ella “viene a levantar acta de las relaciones existentes entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: el descubrimiento de una hipótesis no tiene porqué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que, si puede justificarse una decisión, se haya adoptado ésta prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación” (1999:202).

²⁶⁹ Cfr. J. ESSER (1972:38ss.), A. AARNIO (1977: especialmente 326-7, notas 1 y 14), W. HASSEMER (1985: 82ss.). B. JACKSON (2001:319) encuentra un posible apoyo para esa hipótesis en las investigaciones de W. ONG (*Orality and Literacy*, Methuen, Londres y N. York, 1982) sobre el modo en que “la escritura reestructura la conciencia”. Ellas permitirían fundar una teoría de la internalización para explicar el impacto del comportamiento discursivo habitual del juez, desplegado en el contexto de la justificación pública, en sus procesos psicológicos de decisión. Es interesante notar que también en el ámbito de la filosofía de la ciencia la literatura post-positivista ha sostenido, desde una perspectiva semejante, la imposibilidad de una contraposición neta entre descubrimiento y justificación (cfr. T. KUHN, 1962:31, 33ss.; P. FEYERABEND, 1975:152ss.).

“prueba y error” (*trial and error*) de hipótesis decisorias, indican que el razonamiento decisorio avanzaría progresivamente hacia la decisión definitiva a través de una sucesión de momentos de intuición y de verificación, de modo que el control de su justificabilidad no asumiría la forma de una etapa diferenciada y final²⁷⁰.

En todo caso, cualquiera que sea la forma y el momento en tengan lugar los procesos de evaluación o control internos de la justificabilidad de la decisión, lo que en definitiva quedará expuesto a escrutinio y control público será, como hemos insistido a lo largo de este capítulo, la calidad de la justificación expresada públicamente en la motivación de la sentencia²⁷¹. Todo lo que el derecho o las prácticas jurídicas pueden hacer respecto del razonamiento decisorio del juez es contar con su racionalización a través de la exigencia de justificación pública de la decisión judicial y proporcionar los criterios para que la adecuación y suficiencia de las motivaciones concretas pueda ser evaluada.

§124. *La justificabilidad como límite.* La pregunta que sigue, sin embargo, abierta, aunque dejemos de lado la pregunta por la forma y el momento del razonamiento decisorio en que tiene lugar la evaluación de la justificabilidad de la decisión, es si esa función racionalizadora de la exigencia de justificación pública es posible. Pues no parece que podamos esperar mucho de ella si –como sugería la tesis realista de la motivación de estilo deductivo como una “racionalización *a posteriori*”- siempre es posible diseñar una justificación a medida, capaz de vestir, según se prefiera, tanto una

²⁷⁰ Cfr. J. ESSER (1972:20, 138ss.), M. TARUFFO (1975:222ss.), A. AARNIO (1987:114-17). Hay también otros modelos heurísticos menos difundidos que sugieren una presencia continua de las evaluaciones de justificabilidad en el proceso decisorio. Así ocurre, por ejemplo, con el modelo, propuesto con distintos énfasis por C. DOUZINAS y R. WARRINGTON (1994:181ss.) y por R. VALENZUELA (2004:130ss.), que traslada a la deliberación judicial la imagen del juicio estético reflexivo desarrollado por KANT en la *Crítica del juicio estético*, para mostrar como el juez busca a la luz del caso particular la ley universal que se resiste a ser formalizada. Una exposición de otros esfuerzos recientes de descripción heurística del juicio judicial pueden verse en el libro de B. ANDERSON (1996).

²⁷¹ Gunnar BERGHOLTZ lo expresa con gran claridad: “...al emitir un juicio sobre la decisión de un tribunal la cuestión crucial se convierte en si las razones dadas suministran o no una justificación bien fundada y jurídicamente válida de la decisión. En esta perspectiva la otra cuestión, es decir, cómo se generaron realmente las razones dadas y si éstas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Así, si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones ‘reales’ del juez. Tampoco importa, del mismo modo, si las razones no están bien fundadas o no son legalmente válidas. En cualquier caso, las razones realmente dadas serán juzgadas por sus propios méritos. (...) El énfasis, entonces, es desplazado, mediante la formulación de razones, desde las cuestiones genéticas a la extraordinaria importancia de la justificación racional y explícita” (1990:84-5).

decisión como la opuesta. No parece, en otras palabras, que se pueda esperar mucho de la justificación pública de las decisiones judiciales si cualquier solución frente a un caso particular puede resultar justificable, pues ella no señalaría ningún límite intersubjetivamente identificable a las posibilidades de decisión del juez.

Ya WASSERSTROM se hacía esta pregunta (después de haberse desembarazado, supuestamente, de los planteamientos realistas a través de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación):

“Si las justificaciones son necesariamente meras racionalizaciones, entonces preocuparse por la clase justificaciones que debieran ser requeridas tiene escasa utilidad. En cambio, si la aceptación de ciertos criterios de justificación puede producir una diferencia en las decisiones que un tribunal dictaría, entonces la determinación y evaluación de criterios alternativos es una tarea que tiene sentido” (1961:30).

Esta preocupación nos deja enfrentados precisamente a los problemas que abordaremos en el próximo capítulo, cuando consideraremos si tiene sentido la justificación de las decisiones judiciales en el contexto de un sistema jurídico parcialmente indeterminado. Pues es ese contexto el que hace dudar si la justificación puede realmente *producir una diferencia*, si puede realmente excluir ciertas decisiones como injustificables.

El tono inquieto de WASSERSTROM parece sugerir que sólo podremos liberarnos del escepticismo frente a la motivación de las decisiones judiciales si logramos recomponer, de algún modo, la capacidad de la justificación de demostrar, frente a todo caso, que una determinada decisión judicial es la *única* correcta y, por consiguiente, su capacidad de excluir a la vez como incorrectos todos los demás posibles resultados. Enseguida exploraremos si el realismo jurídico nos ha puesto efectivamente entre la pared de la determinación del derecho y la espada de la arbitrariedad judicial, o si es posible concebir un espacio de sentido para la justificación de la decisión judicial al margen de esa dicotomía entre única respuesta correcta y todo vale.

10. ABORDANDO LA APORÍA: LA POSIBILIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL

10.1. La indeterminación del derecho y la aporía de la justificación judicial

§125. *La ineludible pregunta por la justificación de las decisiones judiciales.* El capítulo anterior nos ha mostrado que no hay atajos que permitan recomponer el sentido institucional de la motivación de las sentencias evitando el paso obligado por la pregunta acerca de la justificación judicial. Pues si motivar una sentencia es justificarla públicamente, no cabe entonces abordar la cuestión del sentido de exigir decisiones motivadas sin saber qué significa que una decisión resulte justificable.

Nuestro punto de partida en esa exploración será la concepción del razonamiento justificativo ligada a la imagen formalista de la decisión judicial, de la que nos ocuparemos a fin de evaluar la gravedad de las consecuencias que la tesis de la indeterminación del derecho ha supuesto para ella. Pues, como veíamos al concluir el capítulo anterior, los efectos colaterales de esa tesis no pueden ser limitados por la vía de referirlos únicamente al contexto de descubrimiento. El contexto de justificación no se libra de la incertidumbre. WASSERSTROM lo hacía patente cuando se preguntaba si la evaluación de la justificabilidad podría significar alguna *diferencia* en las decisiones que un tribunal dictaría (*supra* §124).

§126. *La concepción clásica de la justificación judicial.* Ya sabemos que la clave de la concepción formalista de la justificación judicial reside en la figura del silogismo judicial, que ahora nos interesa considerar como modelo del razonamiento justificativo,

desligándola de sus ambiguas referencias al razonamiento decisorio (*supra* §54). Conforme a esa figura, justificar una decisión judicial significa *demostrar* que esa es la decisión *jurídicamente debida*, lo que supone probar que ella es el resultado de la aplicación de una norma jurídica general²⁷². Veamos con más detalle los elementos constitutivos de esta concepción de la justificación de las decisiones judiciales.

Sus rasgos específicos no residen, por cierto, en la definición del objeto de la justificación (o *justificandum*), que será en cualquier caso –como observábamos en la Introducción de este estudio y sin perjuicio de las prevenciones que allí fueron consideradas (*supra* §5)- la norma particular que constituye el contenido de la decisión judicial y que se expresa en la parte dispositiva de la sentencia. De acuerdo a la concepción deductiva de la justificación judicial esa conclusión, que prescribe una consecuencia normativa para un caso particular, está justificada si y sólo si:

- a) ella se sigue lógicamente de las premisas formadas por una norma jurídica general que prescribe que un cierto caso genérico debe correlacionarse con una cierta consecuencia normativa y una descripción de un caso particular que lo subsume en la clase designada por el caso genérico, y
- b) las premisas invocadas son correctas. En lógica clásica, una inferencia deductiva demuestra la verdad de la conclusión si además de ser formalmente válida, sus premisas son verdaderas. Tampoco en el caso del silogismo judicial basta la corrección formal del argumento, sino que se requiere además la corrección de las premisas, esto es, su aptitud para fundar el valor que se pretende atribuir a la conclusión²⁷³.

Es posible precisar esta última condición de la justificación judicial, relativa a la corrección de las premisas, distinguiendo las siguientes exigencias:

- b.1) Que la norma general aplicable sea jurídicamente válida o, dicho de otro modo, que sea verdadera la proposición que afirma que conforme a derecho a un determinado caso genérico debe correlacionarse una cierta consecuencia jurídica²⁷⁴.

²⁷² Cfr. la caracterización que ofrecen LYONS (1984:178) y MICHELMAN (1986:72-3) de la concepción de justificación judicial que llaman “legalist justification”.

²⁷³ Con respecto a la concepción deductiva de la justificación judicial el punto es destacado por MACCORMICK (1978:25ss).

²⁷⁴ No podemos abordar aquí el problema de los diferentes sentidos del término “validez” de una norma jurídica. En este contexto lo entendemos referido a la identificabilidad de una norma como aplicable en un determinado sistema jurídico. Sobre la materia vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN (1979:23-37), MORESO (1997:145-164), SERRANO (1999:74-100) y PEÑA (2001).

b.2) Que sea verdadera la descripción del caso particular que ha sido objeto del juicio. Esta exigencia, relativa a la premisa menor del silogismo judicial, comprende en realidad dos requerimientos que son conceptualmente distinguibles:

- i) que sea verdadero el enunciado fáctico que describe el acaecimiento de un cierto hecho particular y
- ii) que sea verdadero el enunciado que subsume el caso particular en la clase designada por el caso genérico²⁷⁵.

§127. *Los presupuestos de la concepción clásica de la justificación judicial.* Una vez precisadas las condiciones de la justificabilidad de una decisión judicial, podemos completar nuestro retrato de la concepción formalista de la justificación judicial considerando algunos de sus presupuestos generales.

El primer presupuesto que interesa notar es jurídico-político y refiere al concepto de juez y a la definición de su papel en los Estados modernos. Este es el presupuesto que subyace a la definición de la corrección jurídica como el valor que la

²⁷⁵ BULYGIN (1966:357) y ALCHOURRÓN y BULYGIN (1989:307-8) dan cuenta de esta diferencia distinguiendo entre el enunciado fáctico o empírico, que describe un hecho particular, y el enunciado interpretativo o definición en sentido lato, que subsume el caso particular (o la clase a la que pertenece el caso particular) en la clase designada por el caso genérico. La dualidad de condiciones asociada a la corrección de la premisa menor del silogismo judicial se aprecia con claridad en la representación que FERRAJOLI ofrece del razonamiento justificativo judicial bajo la forma no de una sino de tres inferencias, cada una de las cuales es lógicamente antecedente de las otras: “1) una *inferencia inductiva* (prueba o inducción fáctica), cuya conclusión de hecho, CH, es que ‘Ticio ha cometido el hecho H’ (por ejemplo, ha ocasionado a Cayo heridas curadas en en más de cuarenta días) y cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recogidas; 2) una *inferencia deductiva* (subsunción o deducción jurídica), cuya conclusión de derecho, CJ, es que ‘Ticio ha cometido el delito G’ (en nuestro caso, ‘lesiones graves’) y cuyas premisas son la tesis CH y la definición jurídica (parcial) ‘el hecho H (por ejemplo, de quien causa a otro heridas curadas en más de cuarenta días) configura (conforme al artículo 590 del código penal) el delito G (en nuestro ejemplo, ‘lesiones graves’); 3) un *silogismo práctico* (o disposición), cuya conclusión dispositiva es la norma ‘Ticio debe ser castigado con la pena P’ y cuyas premisas son la tesis CJ y la norma ‘el que cometa el delito G debe ser castigado con la pena P’” (1989:64). Otra forma de representar la diferencia entre la descripción de los hechos del caso y su calificación jurídica es la propuesta ALEXY en su esquema de la justificación interna (1978:216-221, sobre ella vid. *infra* §151), que comprende entre la premisa mayor que expresa la regla general y la premisa menor que describe el hecho particular una o más premisas que expresan reglas para el uso de las expresiones utilizadas en los anteriores pasos de la justificación y que permiten obtener una norma cada vez más concreta. Como el mismo autor aclara (ALEXY, 1978:219, nota 41) esas premisas interpretativas pueden considerarse como la fundamentación de la premisa menos – tomando como premisa mayor a la norma más abstracta- o bien, si tomamos como premisa mayor a la norma más concreta, como fundamentación de la premisa mayor.

justificación debe atribuir a la decisión judicial. Dado que uno de los deberes constitutivos del rol judicial es el de fallar conforme a derecho y que su ámbito legítimo de actuación es el de la aplicación del derecho a casos particulares, la justificación de las acciones institucionales de un juez -y en particular de la acción de decidir en un cierto sentido una disputa judicial- supone mostrar que ellas son jurídicamente debidas.

En segundo lugar importa advertir algunos de los supuestos filosóficos de la concepción formalista de la justificación judicial, que la conectan con ciertas claves generales del modernismo filosófico y nos recuerdan que ella hunde sus raíces en el racionalismo y la Ilustración. Dado que el modelo general del saber era entonces el del conocimiento científico, el paradigma a través de cuya lente se concibe la justificación judicial es el de la justificación científica. Y la clave de esa imagen residía entonces en la idea de un fundamento último cuya evidencia fuera capaz de sostener el edificio de justificaciones. Esta es la idea que caracteriza al *fundacionalismo* distintivo de la epistemología moderna que, sea bajo la forma del racionalismo, sea bajo la forma del empirismo, asume que la justificación de nuestras creencias requiere llegar en algún momento a algo más firme y estable que estas, a un elemento indubitado que no requiera a su vez de ningún soporte justificativo y que de ese modo pueda dar certeza y objetividad al conocimiento²⁷⁶.

En el ámbito jurídico, el proyecto de la completa y racional positivación del derecho a través de la codificación hacía posible la confluencia de las dos vertientes del fundacionalismo: el racionalismo, que dominaba en la justificación *del* derecho positivo a partir de los axiomas y principios evidentes del derecho natural, y el empirismo, que prevalecía en la justificación *a través del* derecho, esto es la justificación de proposiciones jurídicas y de soluciones concretas a partir del dato empírico que representarían las normas positivas.

De este modo, la justificación judicial podía satisfacer los requerimientos del modelo a partir del cual era pensada, pues contaba, en un doble sentido, con fundamentos ciertos a partir de los cuales ser construida. Por una parte, la positividad del derecho refería la justificación judicial a la realidad exterior de las normas empíricamente cognoscibles y permitía pensarla de acuerdo al modelo de las ciencias naturales. Y, por otra parte, la supuesta fundamentación racionalista de esas normas garantizaba que el juez pudiera contar siempre, para todo caso, con un fundamento positivo que determinara la solución correcta.

²⁷⁶ Véase D. PATTERSON (1996:153ss.).

Un corolario que se sigue de la concepción de justificación judicial a imagen de la justificación científica, es la asunción de la verdad como modelo para la comprensión del valor que esa justificación debe ser capaz de atribuir a la decisión judicial. El reconocimiento de ese símil es importante, porque ayuda a comprender de qué modo está ligada la concepción formalista de la justificación judicial a la idea según la cual existe una y sólo una respuesta correcta a todo caso jurídico particular. Pues así como la verdad no admite diversidad de opiniones, sino que señala –al menos de acuerdo a la teoría de la verdad entonces dominante en el ámbito de la justificación científico-natural- una correspondencia objetiva con una realidad exterior, que no puede ser controvertida, del mismo modo sólo una podrá ser la conclusión jurídicamente correcta, demostrable a través de la justificación judicial. Simplemente carece de sentido la idea de un procedimiento justificativo que no determine resultados unívocos. Del mismo modo que en el ámbito de la justificación científica resulta inconcebible la verificación simultánea de dos hipótesis contradictorias, igualmente inadmisible resulta el que dos soluciones contrapuestas a un caso jurídico puedan ser ambas justificables. En síntesis, la justificación judicial sólo es tal si demuestra la corrección de una y sólo una solución jurídica.

§128. *Las limitaciones de la concepción formalista de la justificación judicial.* Como anticipábamos, la tesis de la indeterminación del derecho parece poner en serios aprietos a la concepción formalista de la justificación judicial. Sabemos ya que la teoría formalista de la decisión judicial contaba, entre sus presupuestos, con la determinación del derecho (*supra* §55) y hemos visto también como la tesis de la indeterminación supuso la puesta en duda de la versión que esa teoría ofrecía del razonamiento decisorio del juez (*supra* §§ 68 y 74). Ahora nos interesará explorar en qué sentido esa tesis revela una limitación del modelo de justificación representado a través de la figura del silogismo judicial.

Que concentremos nuestro interés en este punto no significa, por cierto, que esa sea la única cuestión que suscita la concepción de la justificación de las decisiones judiciales que hemos examinado. Además del problema de su eventual compatibilidad con un derecho indeterminado –que afecta, según veremos, a las condiciones de justificabilidad relativas a la corrección de las premisas de la inferencia deductiva-, esa concepción debe enfrentar varias interrogantes relativas a la aptitud de la lógica clásica para la representación del razonamiento justificativo judicial.

Me refiero a cuestiones como la del llamado “dilema de Jørgensen”, en torno a la aplicabilidad de la lógica a normas y valoraciones en la medida en que se sostiene

que ellos no admiten juicios de verdad o falsedad,²⁷⁷ o el problema de la justificación de la absolución y de las consecuencias de la asignación de cargas de la prueba,²⁷⁸ o, más recientemente, el de las consecuencias de la derrotabilidad de las normas jurídicas²⁷⁹. Aunque se trata de discusiones abiertas, me parece que ellas no llegan a poner en duda dos exigencias mínimas que están envueltas en la aplicabilidad de la lógica al razonamiento justificativo de la decisión judicial: la exigencia que esa justificación suponga la universalización de la conclusión –y, en ese sentido, que asuma la forma de una inferencia deductiva a partir de una norma general- y, por otra parte, la exigencia de consistencia en la argumentación.

Esas dos condiciones de justificabilidad no son, por lo general, puestos en duda en las discusiones actuales sobre la justificación de las decisiones judiciales²⁸⁰. Mientras sí se discute intensamente en cambio, como veremos enseguida, sobre el problema de la corrección de las premisas y de su justificación. De ahí que hayamos resuelto concentrar en este punto el análisis de la concepción formalista de la justificación judicial.

Por otra parte, conviene precisar que la indeterminación del derecho no es el único factor que genera incertidumbres desde el punto de vista de la corrección de las premisas de la justificación judicial. La corrección del enunciado fáctico que afirma la ocurrencia de un determinado hecho suscita dificultades, que revelan también en este ámbito las insuficiencias de la concepción formalista, notablemente despreocupada, como ya denunciaban los antiformalistas, del “mundo de la premisa menor” (*supra* §67). Esa concepción parecía confiar, en efecto, que la verdad de las proposiciones

²⁷⁷ Referencias generales a este problema y sus posibles soluciones pueden verse en GIANFORMAGGIO (1986c), ALCHOURRÓN y BULYGIN (1989:319ss.), ATIENZA (1991:35ss.) y COMANDUCCI (1992a:70ss. y 1999c:62ss.).

²⁷⁸ Sobre este problema y sus respuesta vid. MACCORMICK (1978:42ss. y 1995:104-106) y SARTOR (1995:119ss.).

²⁷⁹ Entre la extensa literatura reciente sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, HAGE y PECZENICK (2000), ATRIA (2001) y BAYÓN (2001). Este último autor ofrece a nuestro juicio una acertada defensa de la compatibilidad, a la que enseguida se hará referencia, entre la aceptación del carácter derrotable de las normas jurídicas y la idea que la justificación jurídica es subsuntiva y por tanto representable a través de una inferencia deductiva clásica (BAYÓN, 2001:55ss.).

²⁸⁰La universalización o generalización suele ser considerada como una exigencia conceptualmente vinculada a la noción de justificación (cfr. por ejemplo MACCORMICK, 1978:81ss., SCHAUER, 1995:638ss., BAYÓN, 2001:57-8). En la concepción dominante de la justificación jurídica las exigencias de universalización y de consistencia definen el nivel de la “justificación interna” de las decisiones judiciales. Volveremos sobre esto *infra* §151.

fácticas relativas a los hechos del caso emergería como resultado cierto del proceso, gracias a su estructura pública y contradictoria, y no prestó atención alguna a las dificultades que suscita la justificación de la inducción²⁸¹. Esta es una cuestión que una concepción completa de la justificación judicial no puede eludir. Ella ha comenzado a recibir en los últimos años una creciente atención por parte de la teoría jurídica, paralela a una tendencia hacia la revitalización de la exigencia de motivación de la *quaestio facti*²⁸². Sin embargo, en lo que sigue nos ocuparemos principalmente de los problemas relacionados con la justificación de la *quaestio iuris*.

Finalmente, una última prevención. La indeterminación del derecho no es tampoco el único argumento que, al poner sobre el tapete la cuestión de los límites de la justificación jurídica de la decisión judicial, discute la posibilidad de su autonomía. Existe otra objeción a la concepción formalista de la justificación judicial que también pone en cuestión esa autonomía, aunque por razones que no tienen que ver con la posible indeterminación del derecho. Se trata de aquella formulación de la tesis de la unidad del razonamiento práctico –presente, por ejemplo, en los trabajos de Carlos Santiago NINO (1993 y 1994:43ss.)- según la cual una justificación completa de la decisión judicial es, en última instancia, necesariamente una justificación moral²⁸³. Conforme a esta tesis, las normas jurídicas sólo pueden jugar un papel justificativo en el razonamiento práctico de los jueces en virtud de la aceptación de la proposición según la cual una autoridad o una práctica social deben ser obedecidas en razón de su mérito intrínseco. Eso significa que el razonamiento jurídico justificativo debe apoyarse necesariamente en premisas suministradas por principios morales capaces de justificar una determinada práctica jurídica. La justificación judicial no podría entonces finalizar correctamente en una premisa jurídica, como supone en cambio la concepción formalista.

²⁸¹ Como se recordará, el modelo de motivación de las sentencias que se configuró a partir de la institucionalización de esa exigencia durante la Revolución francesa no preveía la justificación pública del juicio fáctico. Esa exclusión se vio fortalecida por la interpretación subjetivista y potestativa de la regla de la libre valoración de la prueba que se impuso en el siglo siguiente, fortaleciendo la despreocupación por los problemas de la justificación de la inducción (vid. *supra* §52)

²⁸² Véase, por ejemplo, FERRAJOLI (1989:141ss.), ANDRÉS IBAÑEZ (1992 Y 1998) TARUFFO (1992), IGARTÚA SALAVERRÍA (1995 Y 2003:135ss.), GASCÓN ABELLÁN (1999), GONZÁLEZ LAGIER (2000, 2003a y 2003b) y FERRER (2002 Y 2003).

²⁸³ Con respecto a la equívocidad y las múltiples versiones de la tesis de la unidad del razonamiento práctico y de la tesis del razonamiento jurídico como caso especial del razonamiento práctico general vid. C. REDONDO (1996:239ss.) y A. GARCÍA FIGUEROA (1999a).

A nuestro juicio este argumento no logra poner en jaque –como sí lo hace en cambio la tesis de la indeterminación del derecho- la concepción formalista de la justificación judicial. Ello se debe a que la tesis que hemos considerado no consigue mostrar el error de una concepción de la justificación jurídica que afirme como *contextualmente suficiente*, en el marco de una tradición establecida de razonamiento jurídico, una justificación que finalice en una premisa jurídica²⁸⁴. Su pretensión de hacerlo pasa por alto la distinción entre dos sentidos en que puede ser usada la noción de justificación, sobre los que ha llamado la atención Cristina REDONDO (1996:90-91). Uno es un sentido *subjetivo*, que hace referencia a la justificación que da un individuo sobre la base de las razones que él acepta como razones para la acción; el otro es un sentido *objetivo*, que se refiere a la justificación que se asienta en premisas calificadas como razones justificativas, con independencia de la aceptación de un individuo. Así, es posible afirmar, como hace NINO, que el juez no puede sino aceptar las normas que invoca como premisas en su justificación –i.e. que no puede sino justificar en sentido subjetivo- y que, dado que las razones aceptadas imponen consecuencias a personas diferentes de quien las acepta, dicha aceptación necesariamente debe ser de carácter moral, pero eso no impide reconocer que en el contexto de una determinada tradición de razonamiento las normas jurídicas sean calificadas como razones justificativas objetivas, con independencia de su aceptación por los individuos y sin que se requieran, por tanto, ulteriores razones capaces de justificar su aceptación. En este sentido, como sostiene REDONDO (1996:243), la idea de unidad del razonamiento práctico interpretada como pauta de racionalidad referida al razonamiento psicológico del individuo –i.e. a la justificación en sentido objetivo- es compatible con la admisión de diversos marcos objetivos de justificación y en particular con la admisión, en el contexto de un determinado paradigma jurídico, de un marco fraccionado de justificación jurídica.

§129. *Las consecuencias de la indeterminación del derecho.* Como tendremos ocasión de constatar a lo largo de este capítulo, los supuestos ontológicos, epistemológicos y de filosofía del lenguaje en que se apoya la tesis de la indeterminación del derecho (que hasta ahora sólo hemos considerado en la versión ofrecida por el antiformalismo) pueden ser y han sido discutidos. No obstante, parece posible concordar en torno a su significado y sus consecuencias desde el punto de vista de la justificación de las

²⁸⁴ Con respecto a la noción de “justificación contextualmente suficiente” cfr. PECZENICK (1989:157). En relación a la noción de tradición de razonamiento o “paradigma jurídico” vid. *infra* §152.

decisiones jurídicas²⁸⁵ –con independencia, reitero, de que se discrepe acerca de las circunstancias de la indeterminación.

Si recordamos la caracterización que el realismo jurídico ofrecía de la indeterminación del derecho (*supra* §64), ella destaca la posibilidad en esos casos de más de una solución jurídica justificable, de acuerdo al modelo entonces dominante de motivación de las sentencias. La indeterminación del derecho frente a un caso se expresaba, desde esta perspectiva, en la posibilidad de ofrecer tanto para la solución favorable a una de las partes, como para la contrapuesta, una justificación de estilo deductivo, basada en premisas jurídicas generalmente aceptadas (esto es, en disposiciones legales o precedentes, más algún tipo de argumento interpretativo).

Desde la perspectiva de la concepción formalista de la justificación judicial la posibilidad de dos soluciones contrapuestas igualmente justificables constituye, sin embargo, un contrasentido (*supra* §127). Según esa concepción o bien la respuesta justificable es una, la correcta, o entonces para ese caso no hay una decisión justificable. De manera que, contra lo que podría sugerir inicialmente la caracterización realista de la indeterminación del derecho, ella tendría como consecuencia la imposibilidad, en esos casos, de la justificación judicial. Veamos con mayor detenimiento porqué.

Para entenderlo conviene partir de una presentación de la indeterminación del derecho que ponga énfasis en la ausencia en esos casos de una única respuesta correcta. En ese sentido, que el derecho sea indeterminado significa que no es posible determinar con certeza cuál es el status deóntico (o, en otras palabras, la calificación jurídica) de ciertas acciones o estados de cosas²⁸⁶. Según la fuente de indeterminación que consideremos, ella asumirá diversas formas. Esa indeterminación se referirá a una acción genérica si el sistema jurídico presenta una laguna normativa para el caso genérico en cuestión, si presenta para ese caso genérico una antinomia (que no sea resoluble, por cierto, a través de los criterios de solución determinados por el propio sistema) o si la disposición aplicable es ambigua o presenta otras dificultades interpretativas. Pero la indeterminación puede referirse también al status jurídico de

²⁸⁵ Nuestro interés se limita, en este sentido, a la (in)determinación racional o normativa y deja de lado la cuestión de la (in)determinación causal. La indeterminación causal tiene que ver con los motivos de la decisión, a cuya autonomía conceptual respecto del problema de las razones justificativas ya hemos hecho referencia. Puede que la indeterminación racional constituya una explicación de la indeterminación causal, pero ésta última puede ocurrir también si el derecho es determinado. Cfr. B. LEITER (1996:265) y C. REDONDO (1997:179).

²⁸⁶ Cfr. C. REDONDO (1997:180-1), J.J. MORESO (1997:75ss.), J.J. MORESO, P. E. NAVARRO Y C. REDONDO (2002), A. RÓDENAS (2001:65ss.).

una acción individual, si desconocemos si ella puede ser subsumida en el caso genérico regulado (o bien si desconocemos si la clase de casos a la que pertenece el evento individual es o no una subclase del caso genérico regulado).

Ahora podemos preguntarnos qué implica desde el punto de vista de la concepción formalista de la justificación de las decisiones judiciales el que el status jurídico de una cierta acción no resulte determinable. Lo que esa circunstancia comporta es la *imposibilidad de establecer la corrección de alguna de sus premisas*. Para explicarlo, consideremos las tres situaciones paradigmáticas en que, de acuerdo a las versiones usuales de la tesis de la indeterminación, un juez podría verse enfrentado al deber de resolver un caso jurídico particular respecto del cual el derecho resulta indeterminado (es decir, admitamos provisionalmente que las lagunas normativas, las antinomias y los problemas semánticos constituyen fuentes de indeterminación del derecho).

Observemos primero qué ocurriría con la justificación de la decisión judicial en caso de laguna normativa. Tomaré prestado el ejemplo que utiliza José Juan MORESO al analizar este problema (1997:90-1). Se trata del caso de un poseedor vencido que se encuentra de mala fe y que ha realizado gastos útiles, cuyo reintegro demanda. El código civil español regula el supuesto del reintegro de los gastos y mejoras al poseedor vencido en la liquidación de situaciones posesorias, tomando en cuenta por una parte la calidad de los gastos –si son necesarios, útiles o suntuarios- y por otra la buena o mala fe del poseedor vencido, pero deja sin solución normativa el caso genérico de los gastos útiles realizados por el poseedor de mala fe. El código civil no determina entonces ni que el poseedor en ese caso tenga derecho al reintegro ni que carezca de él, pero el juez deberá, inexcusablemente, decidir en un sentido o en otro. En este caso, tanto si da lugar como si rechaza el reintegro, la justificación de su decisión presentará el siguiente problema: su premisa mayor no estará constituida por una norma jurídica válida, de manera que el razonamiento justificativo no permitirá probar que la decisión es la jurídicamente debida. Conforme al modelo formalista de justificación judicial la decisión del juez no resultará justificable, pues falla la condición que exige que sus premisas sean correctas. En caso de laguna normativa no será posible establecer la corrección de su premisa mayor, pues no hay una norma que determine ni una solución ni la contrapuesta (de modo que el enunciado que afirme que conforme a derecho a un determinado caso genérico debe correlacionarse una cierta consecuencia jurídica expresará una proposición que carecerá de valor de verdad)²⁸⁷.

²⁸⁷ Cfr. MORESO (1997:88ss.).

Algo semejante ocurrirá en caso de antinomia irresoluble, cuando el derecho “habla con varias voces” (RAZ, 1979:100) y los criterios jurídicos de resolución de conflictos no determinan cuál es la norma que debe primar –como podría ocurrir, por ejemplo, en el derecho español, si concurren una norma especial y anterior y otra general y posterior que imputan consecuencias jurídicas incompatibles a una misma clase de acción. En principio podría parecer que este caso no plantea problemas a la concepción formalista de la justificación de la decisión judicial, pues ambas soluciones, la determinada por cada una de las normas contrapuestas, resultaría justificable a partir de una norma jurídica. Sin embargo esta posibilidad de dos respuestas igualmente justificables es inadmisibles en el sistema de la justificación formalista, pues en ese caso el juez no dispondría de una razón justificativa jurídica que justifique su opción por una u otra solución determinada por el derecho. En este sentido, tampoco en este caso resultará determinable (la corrección de) la premisa mayor de la justificación judicial (nuevamente la proposición que correlacione una cierta consecuencia jurídica a ese caso genérico carecerá de valor de verdad)²⁸⁸.

Finalmente nos queda el último supuesto clásico de indeterminación: el de los problemas semánticos, esto es, la ambigüedad o la vaguedad de los términos y las expresiones jurídicas. En caso de ambigüedad nos encontraremos frente a diversos significados posibles de una disposición legal. Si ella no es resoluble en consideración al contexto del enunciado, entonces la situación resultará similar a la que plantean las antinomias: existe más de una norma aplicable y no resulta justificable la opción entre una y otra. Nuevamente resultará indeterminada la corrección de la premisa mayor de la justificación judicial.

En caso de vaguedad, en cambio, no es posible determinar si un supuesto concreto está incluido en, o excluido de, el ámbito de aplicación del significado de un concepto que define un cierto caso genérico al que una norma jurídica adscribe ciertas consecuencias jurídicas. Así, si el derecho impone cierta responsabilidad al propietario de un edificio ruinoso, es posible que no resulte determinable si al estado de un cierto edificio en concreto le es o no aplicable el concepto de ruinoso. Otro tanto puede ocurrirnos con un contrato celebrado en día domingo respecto de la norma que declara nulos a los contratos sacrílegos²⁸⁹. En esta clase de casos, situados en la zona de penumbra de un concepto jurídico, resultará indeterminada la corrección de la premisa menor de la justificación judicial, porque no será posible establecer si el caso particular

²⁸⁸Cfr. MORESO (1997:87-8), IGLESIAS VILA (1999:52-3).

²⁸⁹ Es, como se sabe, el célebre ejemplo que utiliza DWORKIN en una de sus críticas a la concepción semántica de la vaguedad (1985:119ss.).

resulta subsumible o no bajo el concepto que define al caso genérico, ni por consiguiente si es aplicable al caso la norma jurídica que constituye la premisa mayor (la proposición que correlacione a la clase a la que pertenece el caso individual la consecuencia jurídica prevista por la norma jurídica para el caso genérico carecerá de valor de verdad).

Como decía al comenzar este epígrafe, es posible discutir si las lagunas normativas, las antinomias, la ambigüedad y la vaguedad constituyen efectivamente fuentes de indeterminación jurídica. No he pretendido, por supuesto, resolver esas cuestiones en los párrafos anteriores. Lo que interesa notar ahora es la consecuencia que la admisión de alguna fuente de indeterminación tiene desde el punto de vista de la concepción formalista de la justificación judicial. Como hemos visto, la indeterminación del derecho significa que no es posible establecer la corrección de las premisas que fundan la decisión y que, por consiguiente, en esos casos la decisión judicial no resultará justificable. Dado que esa concepción de la justificación de la decisión judicial se agota en su justificación jurídica, si no posible demostrar la corrección jurídica de la solución (porque no contamos con una premisa mayor o una premisa menor correcta desde el punto de vista del derecho), entonces la justificación de la decisión judicial resulta imposible²⁹⁰.

§130. *La aporía de la justificación judicial.* Dado que uno de los rasgos que definen la posición institucional de los órganos jurisdiccionales en los Estados modernos es el deber de resolver cualquier caso planteado en el ámbito de su competencia, la indeterminación del derecho no permitirá a los jueces excusarse de fallar y los pondrá en la incómoda situación de tener que dictar sentencias que resultarán injustificables. Puesto que esos jueces estarán usualmente sujetos además a la exigencia de dictar sentencias motivadas, ellos tendrán que ofrecer también en esos casos argumentos para su decisión. Esos argumentos –esas “justificaciones” que de acuerdo a la caracterización realista de la indeterminación habrían podido ser ofrecidas también para la solución contrapuesta- no constituyen sin embargo, desde el punto de vista de

²⁹⁰ Esta consecuencia de la indeterminación del derecho no se presenta cuando la discreción judicial no es fruto de un “defecto” del sistema jurídico o del lenguaje de sus normas sino que es expresamente permitida o autorizada por el derecho, que faculta al juez para optar entre varias alternativas dentro de un ámbito definido. En este caso el derecho determina una única respuesta correcta, aunque ella asuma la forma de un conjunto de soluciones alternativas. La decisión judicial que elija cualquiera de esas soluciones predefinidas resulta, en consecuencia, justificable, pues cuenta con una premisa normativa correcta. Sobre las diferencias entre esta clase de discreción y aquella que resulta de la indeterminación del derecho cfr. CARACCILO (2000:67-8).

la concepción formalista de la justificación judicial, auténticas justificaciones²⁹¹. Pues si no es posible establecer la corrección de las premisas y éstas no son, por consiguiente, aptas para atribuir a la decisión judicial el valor de la corrección conforme a derecho, entonces ningún argumento que el juez pueda ofrecer tiene sentido como justificación de la decisión judicial. Un argumento que no sea capaz de demostrar la corrección conforme a derecho de la conclusión no vale, entonces, como justificación.

De este modo, las consecuencias de la indeterminación del derecho desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales dejan instalado al juez en el centro de una aporía. No sólo porque no podrá satisfacer conjuntamente dos deberes constitutivos de su función en un Estado de derecho -el de resolver autoritativamente y el de fallar conforme a derecho- y en consecuencia no le quedará sino traicionar de algún modo su papel de juez²⁹². También, y sobre todo, porque la idea de una decisión que tiene que ser dada y que no resulta justificable desafía un arraigado presupuesto de la racionalidad moderna, según el cual, en la fórmula clásica de LEIBNIZ, *nihil est sine ratione*²⁹³. Así como en el terreno de las ciencias empíricas nos resistimos a admitir la existencia de fenómenos inexplicables, en el ámbito de la racionalidad práctica la posibilidad de una elección que no sea justificable, que no pueda sino ser arbitraria, nos resulta igualmente inconcebible²⁹⁴. Necesitamos también allí hallar, como dice HEIDEGGER (1957:44) el “refugio” del fundamento.

§131. *La discusión contemporánea sobre la justificación judicial.* La teoría jurídica contemporánea discute vivamente sobre la determinación del derecho, la

²⁹¹ Se podría decir –recurriendo a una distinción utilizada por GUASTINI y por COMANDUCCI (1992a :57-60 y 1999c:51-53)- que esos argumentos constituyen una justificación “en sentido débil y descriptivo” (entendida como la actividad de aducir cualesquiera razones a favor de una conclusión), pero no una justificación “en sentido fuerte y valorativo” (entendida como la presentación de buenas razones a favor de una conclusión).

²⁹² Sobre esta incompatibilidad entre los deberes judiciales en el caso que el sistema jurídico no sea completo (lo que es extensible a cualquier situación de indeterminación, entendida como ausencia de respuesta correcta) cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN (1978:217-8 y 236-8).

²⁹³ Vid. la sugestiva lectura que HEIDEGGER hace del aforismo en sus lecciones sobre la proposición del fundamento (1957).

²⁹⁴ Como dicen ALCHOURRÓN y BULYGIN (1978:231-2) cuando explican el ideal de completitud normativa, “la hipótesis de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no haya razones (ni pueda haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea fenómenos inexplicables (no causados por nada)”.

discrecionalidad judicial y la argumentación justificativa de las decisiones judiciales. En los próximos epígrafes examinaremos de qué modo se perfilan en esa discusión diversas concepciones sobre la justificación judicial, que ofrecen diferentes respuestas a la aporía de su imposibilidad en los casos en que el derecho resulta indeterminado.

Como veremos, esas diversas concepciones se distinguen, en primer término, por su vínculo con diferentes tesis acerca de las circunstancias de la indeterminación del derecho y, por consiguiente, acerca de los límites de la justificación jurídica. Otro aspecto que las diferencia es la concepción general de la justificación en que se apoyan, esto es, si admiten o discuten, en cambio, de algún modo, la concepción *fundacionalista* de la justificación en que, según hemos visto, se apoyaba la concepción formalista de la justificación judicial.

Por otra parte, las concepciones que consideraremos tienen algo en común. Ninguna de ellas asume el realismo metafísico como tesis ontológica acerca del derecho y de la moral. Ninguna de ellas cuenta, por consiguiente, con la existencia de una garantía metafísica a la corrección de nuestros juicios jurídicos que pueda disolver la aporía de la indeterminación del derecho y devolvernos al refugio seguro del fundamento. La opción de restringir nuestro análisis a las posiciones que se apoyan sobre tesis ontológicas constructivistas respecto del derecho y antirealistas respecto de la moral obedece a dos razones. La primera es que la aporía de la justificación judicial resulta verdaderamente desafiante solamente en el marco de esa clase de posiciones. La segunda razón es que el realismo moral se enfrenta a serias dificultades al intentar precisar cuál es el procedimiento epistémico que haría posible el acceso a los hechos morales, la revisión de nuestras creencias y la disolución de nuestros desacuerdos morales²⁹⁵. En la medida en que no logran aportar las claves de ese procedimiento, la existencia o no de hechos morales resulta, como sostiene MORESO (1997:203), irrelevante desde el punto de vista de la pregunta por la justificación judicial.

Entre las posiciones que examinaremos se delinearán, según veremos, diversas actitudes respecto de la aporía de la imposibilidad de la justificación judicial. Ellas van desde el extremo de sostener que la aporía no sólo es irresoluble sino que además asedia generalmente y no sólo marginalmente a la jurisdicción, puesto que el derecho es radical, y no sólo parcialmente, indeterminado (*infra* 10.2), hasta, en el extremo opuesto, la negación de la aporía porque el derecho es en todo caso –aunque no del modo en que suponía el formalismo- determinado y la justificación jurídica de la decisión judicial es entonces, en todo caso, posible (*infra* 10.4). Entre esos dos extremos encontraremos también ensayos de salidas al dilema, que sostienen la

²⁹⁵ Una crítica al realismo moral centrada en este punto puede verse en MORESO (1997:202-3).

inteligibilidad de una noción de justificación judicial compatible con la indeterminación del derecho (*infra* 10.3 y 10.5).

10.2. La huida imposible hacia la justificación política: el escepticismo de los *Critical Legal Studies*

§132. *La tesis de la indeterminación radical del derecho.* La postura más escéptica frente a la posibilidad de la justificación judicial es la que ha esbozado el movimiento *Critical Legal Studies*, un conocido grupo de teóricos del derecho y juristas norteamericanos que ha continuado y profundizado el legado crítico del realismo jurídico²⁹⁶. Estos autores han dedicado buena parte de sus esfuerzos teóricos a radicalizar y reforzar mediante nuevos argumentos la tesis de la indeterminación del derecho, para sostener luego que no cabe sino reconocer que no hay diferenciación posible entre el derecho y la política y, respecto de la decisión judicial, comenzar de una vez a “tomar la ideología en serio” (D. KENNEDY, 1997:70).

Entre las líneas de argumentación desarrolladas por los *critical legal scholars* para fortalecer y profundizar la tesis de la indeterminación del derecho, hay dos que son posiblemente las más célebres y recurrentes²⁹⁷. Me refiero a aquella que se apoya en las versiones escépticas del problema filosófico del seguimiento de reglas y la que hace referencia a las contradicciones entre principios jurídico-políticos que hacen ilusoria la búsqueda de coherencia. Ambas miran a sostener la tesis de una indeterminación global del derecho, respecto de todo caso jurídico posible. No todas las líneas de argumentación apuntan, sin embargo, en ese sentido. Una línea de argumentación diferente, que no excluye la posibilidad de casos en que sólo una solución resulta jurídicamente justificable, es la que ha sostenido Duncan KENNEDY, quien sugiere “rechazar la ontología de la determinación e indeterminación” (1997:174) en favor de la idea que ellas son función del trabajo que desarrolla el intérprete que argumenta usando estratégicamente los materiales jurídicos y los argumentos

²⁹⁶ Una visión general de la historia y planteamientos este grupo de teóricos jurídicos se puede encontrar en una presentación del movimiento realizada por uno de sus padres fundadores (Roberto M. UNGER, 1986), en un estudio panorámico ofrecido por otro destacado *critical legal scholar* (Mark KELMAN, 1987) y también, en castellano, en el estupendo libro de Antonio PÉREZ LLEDÓ (1996).

²⁹⁷ Una síntesis de las diversas formas de presentar y sostener la tesis de la indeterminación del derecho en el marco de las teorías críticas puede verse en SOLUM (1996).

interpretativos aceptados. Exploremos pues, brevemente, el contenido de estas diversas formas de radicalizar la tesis realista de la indeterminación del derecho.

§133. *La imposibilidad del seguimiento de reglas.* Una primera línea de argumentación que busca mostrar la indeterminación radical del derecho se apoya en una lectura escéptica de las tesis sobre el seguimiento de reglas desarrolladas por WITTGENSTEIN en sus *Investigaciones Filosóficas*. Esa interpretación se debe inicialmente a Saul KRIPKE (1982) y se apoya la paradoja que el propio WITTGENSTEIN formulara en las *Investigaciones Filosóficas*:

Nuestra paradoja era ésta: una regla no podría determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla (1953:203,§201).

Uno de los ejemplos de los que WITTGENSTEIN se sirve para ilustrar esa paradoja es el de la continuación de una serie numérica de acuerdo a la regla “adiciona 2” (1953:187ss., §§185-187). Supone el caso de una persona que continúa la serie 0, 2, 4, 6, 8 escribiendo 10, 12, 14, 16, pero que luego, cuando se le pide continuar la serie después de 1000, escribe 1000, 1004, 1008, 1012. Esta secuencia podría ser vista como un error en el seguimiento de la regla “adiciona 2”, pero también podría ser vista como el seguimiento de una interpretación de esa regla según la cual ella requiere adicionar 2 hasta los 1000, 4 hasta los 2000, 6 hasta los 3000 y así sucesivamente. Lo que el ejemplo sugiere es que siempre será posible ofrecer una interpretación que permita presentar a una acción como una instancia de aplicación de la regla. Esa posibilidad da pie a KRIPKE para sostener que carece de sentido hablar de corrección respecto de las aplicaciones de una regla, pues no hay nada en la regla ni en su uso pasado que determine la corrección o incorrección de una asignación de significado (1982:53-54). Desde el punto de vista de la regla, todo vale. No es posible discriminar entre interpretaciones sobre la base de un criterio de corrección previo, y sólo cabe, desde el punto de vista de quien pretende actuar conforme a una regla, un salto a ciegas sobre la base de su propia interpretación (1982:55), a la espera de que su acto de seguimiento concite el consenso general de la comunidad.

Aplicada al derecho, esta aproximación escéptica a la posible determinación *a priori* del significado implica la incapacidad de las reglas jurídicas para regular cualquier conducta, pues nunca será posible atribuir a las formulaciones normativas un significado unívoco, ni discernir, en consecuencia, sobre la base de las reglas, entre

aplicaciones correctas e incorrectas²⁹⁸. De eso se sigue que tampoco será posible, en ningún caso, la justificación jurídica que demuestre que una y sólo una es la solución jurídica correcta.

§134. *Las “contradicciones fundamentales del liberalismo”*. La segunda línea de argumentación usual de los *critical legal scholars* constituye, en buena medida, un complemento de la aproximación escéptica al problema del seguimiento de reglas. Ella añade a la radical indeterminación semántica de las formulaciones normativas, las tensiones irreconciliables que afectan a sus posibles bases justificativas. De modo que, de acuerdo a este argumento, el criterio de corrección de las decisiones jurídicas que no logramos hallar en el lenguaje de las reglas, tampoco lo encontraremos en el conjunto de directrices políticas (*policies*) y principios en las que ellas podrían encontrar justificación²⁹⁹.

El sentido de este argumento se comprende mejor si lo miramos como una refutación de algunos esfuerzos reconstructivos que tras la revuelta antiformalista han intentado delinear salidas a la indeterminación del derecho, capaces de preservar la posibilidad de una justificación jurídica independiente de las preferencias ideológicas de cada juez. La primera de esas salidas fue esbozada por algunos realistas, especialmente por LLEWELLYN, a través del proyecto de una *purpositive adjudication*, guiada por los objetivos políticos subyacentes a las reglas³⁰⁰. La segunda es la que,

²⁹⁸ Sobre las implicaciones del escepticismo para el derecho cfr. MORESO (1997:210-11), quien muestra además como la tesis característicamente escéptica según la cual las proposiciones jurídicas carecen de valor de verdad, ha sido sostenida no sólo en el ámbito angloamericano sino también en Europa continental, particularmente en Italia, donde varios teóricos –entre los que se cuentan, por ejemplo, GUASTINI, MAZZARESE Y CHIASSONI- sostienen que la interpretación es en todo caso una actividad no de conocimiento sino de valoración y decisión (MORESO, 1997:211-12). De esta tesis se sigue que la interpretación nunca tiene como resultado proposiciones susceptibles de verdad o falsedad y puesto que las proposiciones jurídicas suponen la actividad interpretativa, también se sigue que éstas carecerán siempre de valor de verdad.

²⁹⁹ Vid. *supra* nota 176. Un buen análisis general de esta línea argumentativa puede verse en PÉREZ LLEDÓ (1996:262ss.).

³⁰⁰ Esta línea reconstructiva que sugería, sin desarrollar plenamente, la posibilidad de una justificación instrumental de las interpretaciones jurídicas ha sido luego elaborada en profundidad por los cultores del análisis económico del derecho, que buscan en una pretendida lógica de la economía de mercado el criterio último y fijo de corrección de las decisiones jurídicas. Sobre la relación entre realismo jurídico y análisis económico del derecho, así como sobre las críticas que han recibido sus intentos de suplir a través de la instrumentalidad económica la indeterminación del derecho véase MERCADO PACHECO (1994: 173ss.).

según veremos (*infra* 10.4), ha desarrollado DWORKIN –y también, aunque con ciertas diferencias, algunos teóricos europeos de la argumentación jurídica- en torno a la coherencia con los principios de moralidad política que constituyen la base justificativa de una práctica jurídica. De acuerdo al argumento que examinamos las dos salidas terminarían por llevarnos de vuelta a la necesidad de elegir, ahora entre pares contrapuestos, respectivamente, de objetivos y de valores.

Esas tensiones en los cimientos del derecho son, a juicio de los juristas críticos, irreductibles, porque están inscritas en el código genético del orden político liberal³⁰¹. Ellas replican las “contradicciones fundamentales del liberalismo político” que se expresan bajo la forma de dicotomías como individualismo/altruismo, libertad/justificación de la coerción estatal, moralidad de la razón/moralidad del deseo, etc.³⁰². Estas tensiones profundas excluyen la posibilidad de asumir a las *policies* o los principios jurídicos como fundamentos sólidos para justificar una decisión como la correcta jurídicamente frente a decisiones alternativas, así como la posibilidad de contar con algún metacriterio objetivo para justificar un compromiso coherente entre objetivos políticos o la ponderación de principios contrapuestos. En síntesis, entonces, no existe un sistema justificatorio integrado y coherente que subyazca e informe al conjunto de materiales jurídicos relevantes, de modo que, en palabras de un *crit*, “los esquemas justificatorios estables” para las decisiones jurídicas son, en definitiva, “realmente inalcanzables” (KELMAN, 1987:4).

§135. *El derecho como medio de la acción estratégica.* No todas las líneas de argumentación de los teóricos críticos buscan demostrar la radical indeterminación del derecho como antecedente para afirmar el carácter inevitablemente ideológico de las decisiones jurídicas. Frente a esos planteamientos, que podríamos llamar –según la acertada metáfora de PÉREZ LLEDÓ (1996:270)- “ateos”, hay también posiciones “agnósticas”, a las que basta sostener la imposibilidad de determinar *a priori* cuando un conjunto de normas es realmente determinado (o indeterminado). Este es el caso de

³⁰¹ En este contexto la expresión “liberalismo” designa un modelo político general que comprende la creencia en el principio de legalidad o *rule of law*, en los derechos individuales y en la regla de mayoría – y que corresponde, por consiguiente, a lo que en castellano solemos designar como “modelo de estado democrático y constitucional de derecho”. No debe confundirse este sentido de la expresión con aquel que hace referencia en cambio a una de las ideologías presentes en el debate político norteamericano (vid. *infra* nota 307).

³⁰² Las dos obras seminales sobre el argumento de las contradicciones fundamentales del liberalismo político y su representación en el sistema jurídico son las de UNGER (1975) y KENNEDY (1976).

las contribuciones de Duncan KENNEDY, que dan cuenta de su “pérdida de fe” en la existencia de criterios autónomos de corrección jurídica³⁰³.

Al no tener por norte una ontología de la indeterminación jurídica, esta versión de las tesis críticas logra resistir a las objeciones que sostienen que los otros argumentos críticos no logran demostrar que el derecho sea *para todo caso* indeterminado. Tendremos ocasión, más adelante, de ocuparnos de esas objeciones que esgrimen quienes defienden la imagen de un derecho parcial o totalmente determinado, apoyadas en una lectura no escéptica de la paradoja de WITTGENSTEIN sobre el seguimiento de reglas (*infra* §140). Lo que interesa ahora es apuntar la existencia de una versión de las tesis escépticas sobre la justificación judicial que podría ser más plausible que aquellas que se apoyan en la afirmación de la indeterminación global del derecho.

Esa versión no niega que sea posible la experiencia de la determinación, esto es, de una única solución jurídicamente justificable para un cierto caso, pero sostiene que ese resultado depende de la interacción entre los materiales jurídicos y el trabajo estratégicamente orientado del intérprete y que, en consecuencia, no es cognoscible por anticipado³⁰⁴. El énfasis se pone, de este modo, no en la imposibilidad del significado de las palabras legales o en la demostración de la incoherencia global, sino en la relativa plasticidad de la argumentación jurídica, que permite entender la tarea del juez como la de alguien que “opera en un medio” (KENNEDY, 1997:181ss.), esto es, alguien que a la vez dispone de libertad para actuar estratégicamente –esto es, para perseguir un resultado deseado- y se encuentra constreñido por el contexto en que actúa.

Para ilustrar esa plasticidad Kennedy analiza y ejemplifica la forma en que operan las reglas del juego de la argumentación jurídica en el contexto de la cultura jurídico-política de los Estados Unidos (1986 y 1997:133ss.). De ese análisis resulta un esquema que en buena medida perfecciona la imagen de un juego de espejos que habían expuesto antes los realistas, de modo que para cada cuestión jurídica el

³⁰³ Cfr. especialmente KENNEDY (1997:311ss.). Este texto en general así como (1986) resulta especialmente ilustrativos de su posición. Una buena síntesis de sus planteamientos puede verse en KENNEDY (2001).

³⁰⁴ En palabras del propio KENNEDY (1997:170): “La pregunta ‘¿tiene esta cuestión jurídica un respuesta determinada?’ carece de sentido si es una pregunta sobre la cuestión jurídica y no una pregunta sobre la interacción entre un actor concreto e históricamente situado y la cuestión jurídica particular situada en un ámbito particular. Puesto que la determinación es una función compleja del trabajo, así como de los hechos y los materiales, una función de una interacción, carece de sentido predicar la determinación o indeterminación de una cuestión jurídica como si existiera con independencia del actor concreto que está intentando responderla”.

intérprete podrá constituir un “campo” en que situarla, formado por una regla y una contra-regla, o por una regla y una excepción, y por argumentos y contra-argumentos (basados en reglas de interpretación, basados en derechos, o relativos a objetivos políticos o *policies*), para operar luego allí su estrategia argumentativa³⁰⁵.

Del análisis del discurso jurídico resulta además que la estructura interna de los argumentos como pares opuestos, y particularmente la contraposición entre argumentos de *policy* (a los que, de acuerdo a las tesis críticas, terminan por conducir también los argumentos basados en derechos³⁰⁶), replica los debates políticos abiertos en la sociedad norteamericana, que contraponen fundamentalmente a liberales y conservadores³⁰⁷. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho de contratos, los típicos argumentos de *policy* conservadores –libertad de contratación, antipaternalismo, eficiencia de los mercados libres, tendencia de las restricciones protectoras de los consumidores a terminar perjudicando a quienes pretenden defender- se enfrentan a los típicos contra-argumentos liberales –desigualdad en el poder de negociación, inequidad del resultado para un consumidor o clase de consumidores, valor de la internalización por los productores de los costos sociales de sus negocios. Este nuevo juego de espejos muestra entonces que las mismas batallas ideológicas entre liberales y conservadores que se juegan en la arena política, la misma “sustancia” ideológica, se juegan entonces, aunque bajo la “forma” de los argumentos jurídicos, en el foro de la jurisdicción³⁰⁸.

³⁰⁵ La diferencia fundamental entre el análisis de KENNEDY y el de los realistas reside en la extensión a los argumentos de *policy* de la crítica que revela su estructuración interna en pares contrapuestos (cfr. KENNEDY, 1997:112-13).

³⁰⁶ La erosión de la distinción entre argumentos basados en derechos y argumentos basados en objetivos políticos, que es característica de las teorías críticas, procede fundamentalmente por dos vías. Primero, en los casos en que se invoca un derecho expresado en una regla positiva, su interpretación da lugar al recurso a un amplio espectro de argumentos de *policy*. Por otra parte, cuando se argumenta sobre la base de derechos como razones a favor de la adopción de una cierta regla para el caso y se hace necesario ponderar los derechos invocados por ambas partes, esa ponderación supone tomar en cuenta argumentos de *policy*. Sobre la crítica del lenguaje de los derechos véase KENNEDY (1997:315ss.).

³⁰⁷ Se trata de los proyectos ideológicos que a nivel de partidos políticos representarían respectivamente los demócratas y los republicanos. No deben confundirse las referencias al “liberalismo” como una de las ideologías presentes en el debate político norteamericano, con aquellas relativas al “liberalismo” como teoría normativa o modelo político general correspondiente a nuestro modelo del “estado democrático y constitucional de derecho” (*supra* nota 301). Las dos ideologías en disputa comparten las creencias constitutivas del modelo político liberal. Cfr. KENNEDY (1997:26,27 y56).

³⁰⁸ La jurisdicción, dice KENNEDY, es y ha sido “un foro de la ideología” (1997:69).

Desde esta perspectiva, la configuración actual de algún campo del juego del lenguaje del derecho no representa sino un momento en el desarrollo de esas batallas entre proyectos ideológicos contrapuestos. Esa frágil e inestable ontología es todo lo que parece “ser” el derecho. Como dice el autor –tratando de mostrar la diferencia entre su tesis y la tesis de la legislación judicial intersticial sostenida por los teóricos británicos (a la que haremos luego referencia en la versión de HART y el positivismo hartiano):

“If one sees law this way, it looks, *as a whole*, like the ossified record of conflicting work projects. It is not just a list of rules, each with a penumbra within which a little ‘partly political’ discretion can be exercised. The rules themselves have a new meaning –they are not just the command of the sovereign, or what we get when we apply the rule of recognition, but a ragged, contorted boundary trench that marks the outcomes of a thousand sorties and countersorties” (KENNEDY, 1997:177).

De este modo KENNEDY muestra que “el derecho es política” no sólo en el sentido que un juez puede operar estratégicamente para obtener el resultado que considera deseable a la luz de sus preferencias ideológicas, sino también en el sentido que los argumentos que constituyen el lenguaje jurídico están cargados de significados ideológicos. Es cierto que la ilustración de sus tesis sólo toma en cuenta las reglas del juego de la argumentación jurídica en la cultura de los Estados Unidos. El propio KENNEDY admite que la presencia allí de los argumentos de *policy* es notablemente mayor que en otras culturas jurídicas (gracias, en buena medida, al éxito de las propuestas constructivas del realismo) y también que allí han sido altas las apuestas ideológicas que se han jugado en los tribunales (particularmente en el ámbito de la aplicación judicial de la Constitución, pero también en casos de *common law*), así como notorias las variaciones en las simpatías políticas de sus jueces³⁰⁹. Sin embargo, el espacio de la política al interior de la argumentación jurídica es un tema que también ha estado presente en las discusiones de otras culturas jurídicas, ligadas a la tradición jurídica europeo-continental. Italia es, posiblemente, el ejemplo más claro. El florecimiento en ese país, en los años 60 y 70, de teorías jurídicas críticas –próximas, ideológicamente, a las teorías críticas norteamericanas- que defendieron la tesis del “uso alternativo del derecho”, estuvo, en efecto, ligado a un agudo análisis de los espacios de maniobra política, al interior de la argumentación jurídica³¹⁰. Cabe al

³⁰⁹ KENNEDY (1997:79,109 y 179).

³¹⁰ Cfr. por todos P. COSTA (1990). Recordemos además (cfr. *supra* nota 298) que en ese país han florecido también ciertas teorías escépticas de la interpretación, que niegan la posibilidad de predicar la verdad o la falsedad respecto de los enunciados interpretativos.

menos sospechar, entonces, que un análisis semejante al emprendido por KENNEDY podría llevar a concluir que en el contexto de otras culturas jurídicas, la plasticidad del lenguaje jurídico está abierta a -y carga huellas de- las batallas políticas.

§136. *El sinsentido de la corrección jurídica.* La conclusión de las tres líneas de argumentación que radicalizan las tesis escépticas de realismo norteamericano es la misma: la búsqueda de un criterio fijo de corrección jurídica carece de sentido. La corrección jurídica resulta una ilusión imposible o, en la versión agnóstica de KENNEDY, un efecto retórico que tal vez otro juez habría logrado producir para la solución opuesta al mismo caso jurídico.

Del sinsentido de la corrección jurídica se sigue que la pretendida autonomía de la justificación jurídica es sólo aparente, pues lo que late tras las formas de la argumentación jurídica, que ellas en parte ocultan y en parte reflejan, no es sino la disputa entre proyectos políticos. No hay –como dice UNGER (1986:1), sintetizando un argumento común a los *critical legal scholars*- “un método de justificación jurídica que se diferencie de las interminables [*open-ended*] disputas acerca de los términos de la vida en sociedad, las disputas –como se suele decir- ideológicas, filosóficas o de cosmovisión [*visionary*]”.

Esta conclusión resulta devastadora desde el punto de vista de la concepción formalista de la justificación de las decisiones judiciales, pues la ausencia, *en todo caso*, de un fundamento jurídico cierto, significa también la imposibilidad, *en todo caso*, de la justificación judicial. Sin embargo, si se abandonara uno de los presupuestos de la concepción formalista y se admitiera que puede valer como justificación de una decisión judicial la demostración de su corrección ética o política, la tesis de la indeterminación radical del derecho podría no conducir necesariamente a la aporía de la imposible justificación judicial. En ese caso, sólo conduciría a hacer depender la justificabilidad de las decisiones judiciales de la posibilidad de la justificación ética o política.

En este punto el escepticismo de los *crits* nos devuelve, con todo, a la aporía, ya que extiende la tesis del sinsentido de la búsqueda de parámetros fijos de corrección también al ámbito de la argumentación ética y política, esto es, al ámbito del debate, por eso mismo interminable, entre ideologías, filosofías o cosmovisiones. A eso se debe que los planteamientos críticos carezcan de una parte “reconstructiva”, que intente ofrecer “otras formas de corrección que replacen a las que fueron disueltas” (KENNEDY, 1997:359 y 361). Si seguimos aspirando al refugio seguro de un fundamento objetivo, la justificación judicial sigue siendo, entonces, imposible.

La única salida, que las teorías críticas no exploran, parece ser la de renunciar a esa búsqueda del fundamento exterior y objetivo y comenzar a buscar en cambio una alternativa a lo que hemos llamado una *teoría fundacionalista de la justificación* (*supra* §127). Si otra teoría general de la justificación resultara inteligible, habría quizá esperanzas para la justificación judicial, aún en el desencantado mundo que bosquejan los argumentos de los *Critical Legal Studies*³¹¹.

Esos autores se detienen más bien, como decía, en la ilustración del desencanto. Si tomamos en cuenta que su proyecto crítico mira con recelo al derecho liberal moderno como forma de organización de la vida social y a la jurisdicción como forma de resolución de conflictos sociales, entonces no resulta sorprendente su falta de preocupación por encontrar salidas a la aporía de la justificación judicial. Por el contrario, interesará insistir más bien en la desencantada imagen de un juego de la justificación jurídica que no es sino un juego de ficciones, en que simulamos, con mayor o menor mala fe, demostrar, con argumentos técnicos, verdades jurídicas. Pues lo que emerge tras ese juego de apariencias no es sino el poder desnudo del juez, cuya decisión no encuentra otro punto último de apoyo que sus, más o menos conscientes, proyectos ideológicos³¹². Y si esta imagen fuera reconocida y aceptada entonces posiblemente podría extenderse la desconfianza hacia el modelo del derecho liberal y sus mitos de la *rule of law*, la separación de poderes y la administración de justicia políticamente neutral.

No podemos ocuparnos aquí de intentar precisar qué nuevas formas de organización podrían ser distintivas de la sociedad más igualitaria y comunitaria a la que aspira, desde el punto de vista ideológico, el proyecto crítico. Sólo interesa notar, para cerrar este epígrafe, que si la defensa de ese proyecto no se funda en la idea de su “corrección” –como al menos KENNEDY insiste en precisar (1997:340-2, 359ss.)- y al mismo tiempo tiene sentido defenderlo, entonces lo que se está presuponiendo es alguna concepción de la justificación política distinta a la *fundacionalista*. A ese supuesto parece aludir el mismo el autor cuando defiende a las teorías críticas del cargo de conducir al nihilismo:

³¹¹ Es lo que parece sugerir F. MICHELMAN: “...belief in an insuperably disunified *corpus juris* is not in itself a totally –I think it is even a partially- irrationalist position. It disables neither argument nor deliberation, nor places judicial decision beyond possibility of explanation. (...) What the disunity thesis does appear to disable is the Rule of Law, if by that we mean the strong separation of legal decision from politics –from the responsible agency- of the judge. (...) But from this openness it does not follow that argument, reason, reflection, and explanation are foreign to judicial work” (1986:85,86 y 87).

³¹² Cfr. KELMAN (1987:262-8 y cap.9).

“Critique doesn’t leave us with ‘nothing’, in the sense of making impossible to decide what to do, say, whether or not to be a leftist, or of making it impossible to figure out enough about how the social order works to choose a strategy of left action with in. Those of us who are not moral realists (believers in the objective truth of moral propositions) are used to committing ourselves to projects, and deciding on strategies, on the basis of a balancing of conflicting ethical and practical considerations. In the end, we make the leap into commitment or action. That we don’t believe we can demonstrate the correctness of our choices doesn’t make us nihilists, at least not in our own eyes” (KENNEDY, 1997:361-2).

A pesar del escepticismo frente a la posibilidad de criterios estables de corrección, la acción y la argumentación política podrían seguir teniendo, entonces, sentido. Esta idea implícita en los planteamientos críticos no recibe, sin embargo, ningún desarrollo a propósito de la decisión y la argumentación judicial. En este terreno pareciera que la falta de fe en la corrección, conlleva inevitablemente la falta de fe en la posibilidad de la justificación judicial.

10.3. El parcial retorno a la justificación jurídica: el positivismo jurídico y la discrecionalidad judicial

§137. *La tesis de la indeterminación parcial.* El positivismo contemporáneo, inspirado sobre todo en las aportaciones de Herbert HART, se distancia tanto del viejo positivismo formalista como de la imagen por completo desencantada del escepticismo y presenta su posición como la de una sobria vigilia entre el noble sueño de la determinación completa del derecho y la pesadilla de la indeterminación radical³¹³. En consecuencia, si bien los teóricos positivistas admiten que inevitablemente habrá casos en los que el derecho resulte indeterminado y el juez deba crear en lugar de aplicar derecho, precisan que eso no ocurre en todos los casos y que la faceta legislativa de la función judicial es, en ese sentido, “intersticial” (HART, 1980:9, 1994:273).

De esta manera parecen reducirse los daños sufridos por la concepción clásica de la justificación judicial a raíz del descubrimiento de la indeterminación del derecho, pues la justificación jurídica de la decisión judicial no sería, como pretendía el

³¹³ Se trata, como se sabe, de la célebre imagen utilizada por HART en su conocido artículo sobre la teoría jurídica norteamericana (1977), que ha sido recuperada recientemente por José Juan MORESO (1997). Sobre el proyecto del positivismo hartiano como vía media entre el formalismo y el escepticismo cfr. MACCORMICK (1981:cap.10).

escepticismo, en todo caso imposible. Sin embargo, la existencia de “casos fáciles”, en los que la decisión judicial resulte jurídicamente justificable, aquietta sólo parcialmente nuestra preocupación por el fundamento. Pues aun si esa moderación del impacto de la tesis de la indeterminación fuera exitosa, seguiría con todo abierta la pregunta por la justificación judicial en los “casos difíciles”, cuando el derecho resulta indeterminado y el juez resuelve discrecionalmente. Tras una breve síntesis de la defensa positivista de la (in)determinación parcial del derecho, veremos si esta teoría ofrece alguna respuesta a la –en este caso parcial- aporía de la justificación judicial.

§138. *Las razones de la indeterminación.* De acuerdo al positivismo jurídico de matriz hartiana el derecho tiene límites en sus posibilidades de determinación de las soluciones a casos particulares, fundamentalmente porque las formulaciones normativas que identificamos convencionalmente como jurídicas se expresan mediante lenguaje y el lenguaje jurídico, como cualquier lenguaje natural, posee inevitablemente una "textura abierta", esto es, una potencial vaguedad de sus términos genéricos³¹⁴.

La potencial vaguedad de los términos genéricos utilizados en la formulación de las reglas jurídicas generales no es el único factor de indeterminación del derecho generalmente admitido por el positivismo contemporáneo. También las lagunas normativas son consideradas posibles fuentes de indeterminación, en tanto la existencia de reglas de clausura en un determinado sistema jurídico resulta una cuestión puramente contingente³¹⁵. Lo mismo ocurre con las antinomias para las que el sistema jurídico en cuestión no prevea criterios últimos de solución y con las posibles dificultades lingüísticas diversas de la vaguedad, como, por ejemplo, la ambigüedad. Finalmente, es también posible que se presenten incertidumbres irresolubles en la determinación de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico³¹⁶.

Con todo, el argumento semántico de la vaguedad potencial del lenguaje jurídico ocupa un lugar especialmente importante, pues permite sostener que la

³¹⁴ La formulación inicial de esta tesis se encuentra en HART (1961:155ss.).

³¹⁵ La explicación clásica de esta tesis se encuentra en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971:especialmente 169ss.). Se trata de una tesis generalmente -aunque no universalmente- compartida entre los positivistas. Uno de los autores que mantiene, aunque con nuevos argumentos, la tesis kelseniana de las reglas de clausura como verdades analíticas es J. RAZ (1979:102ss.). Una crítica a este planteamiento puede verse en MORESO (1997:99ss.).

³¹⁶ En general, sobre las fuentes de la indeterminación del derecho desde una perspectiva positivista, cfr. J. RAZ (1979:95ss.), J. COLEMAN y B. LEITER (1993), P. E. NAVARRO (1993), C. REDONDO (1997), J.J. MORESO (1997:87ss.), M.IGLESIAS (1999:38ss.) y A. RÓDENAS (2001:66-69).

indeterminación parcial constituye un rasgo inevitable de cualquier sistema jurídico³¹⁷. Este es, por otra parte, como luego comprobaremos, un punto central en la discusión entre DWORKIN y la teoría positivista. De ahí que concentremos en él nuestra explicación de la versión positivista de la indeterminación parcial del derecho.

§139. *El derecho como fenómeno convencional y comunicacional: los límites del lenguaje jurídico.* El positivismo contemporáneo representa al derecho como una práctica social ligada fundamentalmente a la aceptación convencional de criterios para el reconocimiento de autoridades normativas, que formulan lingüísticamente pautas generales de conducta a través de textos normativos³¹⁸. En este sentido, el derecho es concebido como un fenómeno comunicacional, en el que se trata de guiar la conducta a través del lenguaje³¹⁹. Conocer el contenido del derecho supone, por consiguiente, poder identificar las fuentes de producción jurídica socialmente reconocidas y conocer el significado de las formulaciones lingüísticas a través de las cuales ellas se expresan, recurriendo para ello a las reglas semánticas vigentes en esa comunidad lingüística.

Es precisamente esa estrecha relación entre el derecho y el lenguaje la que conduce a HART –y, siguiendo su huella, al positivismo contemporáneo– a prestar especial atención a los problemas semánticos como posibles fuentes de indeterminación del derecho. Sobre todo cobra importancia, desde esa perspectiva, el límite, “inherente a la naturaleza del lenguaje”, que la “textura abierta” representa “a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar” (HART, 1961:157, 159). Esa característica del lenguaje consiste en la imposibilidad de construir una definición completa de un término –la imposibilidad, en otras palabras, de establecer las condiciones necesarias y suficientes de su uso– derivada de la imposibilidad de anticipar por completo las posibles circunstancias de su aplicación. De ella se sigue que respecto de todo término genérico podrán presentarse entonces casos inesperados, en

³¹⁷ La inevitabilidad de la vaguedad como fuente de indeterminación potencial del derecho es destacada con particular claridad por M. C. REDONDO (1997:193-4).

³¹⁸ Digo “fundamentalmente” porque es una cuestión abierta en las discusiones al interior de la teoría positivista –entre las versiones “excluyentes” y las “inclusivas”, si los criterios convencionales de reconocimiento del derecho han de referirse o no necesariamente sólo a fuentes autoritativas. Para el positivismo inclusivo los criterios convencionales de reconocimiento pueden hacer referencia también al valor o contenido de las normas (cfr. HART, 1994:250ss.). Una presentación de ambas posiciones puede verse en MARMOR (2002) y HIMMA (2002).

³¹⁹ Cfr. HART (1961:155). La naturaleza comunicacional del derecho desde la perspectiva del positivismo hartiano es subrayada por A. MARMOR (1992:151ss.) y por M. IGLESIAS (1999:80ss.).

los que circunstancias imprevistas no permitan determinar si el concepto resulta o no aplicable³²⁰.

Esa inevitable indeterminación potencial de las reglas convencionales sobre el uso de un término genérico se transmite, por consiguiente, a las reglas jurídicas en que dichos términos son utilizados, de modo que frente a toda regla será posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y casos en los que habrá tanto razones para afirmar como para negar que ella se aplica³²¹.

Puesto que esa dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda resulta inevitable, ella constituye un límite insalvable a la pretensión, distintiva del proyecto político-jurídico moderno, de reducir la discreción de los órganos jurisdiccionales a través de la positivación del derecho bajo la forma de reglas generales fijadas con precisión en textos normativos. La discreción del juez será inevitable en aquellos casos respecto de los cuales “no haya convención firme o acuerdo general alguno” que dicte el uso o el rechazo del término clasificatorio general utilizado en la formulación de la regla: en esos casos, “si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas” (HART, 1961:158). El juez tendrá que estipular entonces, a través de una precisión restrictiva o extensiva, un nuevo significado para la regla.

Ese espacio de elección no se puede evitar tampoco, como nota el propio HART, si el sistema jurídico prevé reglas o cánones de interpretación. Ellos “no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres, porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que requieren interpretación. Ellos no pueden –y en eso no difieren de otras reglas- proveer a su propia interpretación” (HART, 1961:158)³²².

³²⁰ Véase HART (1961:159). Sobre los orígenes intelectuales –en WAISMANN y WITTGENSTEIN- de la idea de la “textura abierta” del lenguaje véase, por ejemplo, B. BIX (1993:7ss.) e I. LIFANTE VIDAL (1999:200ss.).

³²¹ Cfr. HART (1961:157-158).

³²² Además de poner énfasis en lo absurdo del formalismo desde el punto de vista de la naturaleza del lenguaje jurídico, HART destaca también como la existencia de espacios de elección abiertos a la discreción del juez en la aplicación de reglas generales resulta “deseable” a la luz de la relativa ignorancia del legislador humano sobre las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar y la subsiguiente indeterminación relativa de sus propósitos (en el sentido que respecto de las circunstancias no previstas de un caso no se habrá podido resolver anticipadamente sobre el modo en que afecten la prioridad de los interés en conflicto) (HART, 1961:159ss.). En estas condiciones resulta deseable, sostiene HART, que en esos casos futuros cuya composición ignoramos se resuelva sobre la regla aplicable mediante una nueva elección informada. Atendiendo precisamente a lo deseable que puede resultar, en determinados ámbitos (por ejemplo cuando se anticipa que los casos individuales pueden variar

§140. *Los casos fáciles y la posibilidad del seguimiento de reglas.* A la vez que reconoce los límites del derecho como herramienta para la regulación de conductas, el positivismo jurídico sostiene que el derecho determina en un número significativo de casos una única respuesta correcta. La misma estrecha relación entre derecho y lenguaje que llevaba a HART a sostener la inevitable indeterminación semántica del derecho en la zona de los casos marginales, permite defender que esa indeterminación es limitada y que existen casos claros respecto de los cuales el significado de las formulaciones normativas se encontrará perfectamente determinado. Pues de lo contrario, esto es, si las convenciones semánticas no contaran con un alto grado de determinación, la comunicación simplemente no sería posible. Como dice HART, “las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos”, “respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios” (1961:158)³²³.

En este sentido, una concepción radicalmente escéptica sobre la determinación del derecho no lograría dar cuenta del éxito en la comunicación de pautas jurídicas de conducta que se manifiesta en las prácticas cotidianas de cumplimiento regular y de invocación indiscutida de esas normas como razones justificativas de los propios comportamientos o en las críticas dirigidas al comportamiento ajeno. Los realistas - con quienes discute HART-, y con mayor razón los teóricos críticos, habrían concentrado su atención en los casos donde la aplicación de las reglas es controvertida judicialmente y “se precipita algo así como una crisis en la comunicación” (HART, 1961:158). Pero habrían dejado sin explicación los casos de aplicación cotidiana y también de aplicación judicial en los que el significado de una regla no es discutido³²⁴.

Esta explicación del carácter limitado de la indeterminación jurídica ha sido articulada con mayor sofisticación en las respuestas que el positivismo contemporáneo

significativamente en aspectos socialmente relevantes pero que no es posible prever por completo), el potenciar esa flexibilidad de las normas jurídicas, es usual, señala HART, que los sistemas recurran a diversas técnicas que atribuyan deliberadamente discreción al juzgador, como ocurre por ejemplo cuando el derecho recurre a estándares variables como el “debido cuidado” (cfr. HART, 1961:162ss. y, en el mismo sentido, RAZ, 1972:76, 83).

³²³ Cfr. también HART (1958:63).

³²⁴ Sobre este argumento de la atención preferente, si no obsesiva, del escepticismo a las controversias judiciales cfr. HART (1961:170ss.) y (1977:123ss.), SCHAUER (1991:192-1939) y MORESO (1997:213).

ofrece a la aproximación escéptica al problema del seguimiento de las reglas³²⁵. Ellas se apoyan en el siguiente comentario de WITTGENSTEIN, que sucede al párrafo en que hace referencia a la paradoja del seguimiento de reglas:

“Con ello mostraremos que hay una captación de una regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos ‘seguir la regla’ y en lo que llamamos ‘contravenirla’.

De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse ‘interpretación’ a esto: sustituir una expresión de la regla por otra” (WITTGENSTEIN, 1953:203, §201).

El comentario citado sugiere que el núcleo de significado de una regla no depende de la interpretación, sino que reside en la conexión interna entre la regla y los actos de uso, que se hace efectiva en la práctica de usar esa regla como estándar de corrección, es decir, en los actos de seguimiento y en las justificaciones referidas a las reglas que son dadas respecto de esos actos³²⁶. Esta idea permite a los autores positivistas sostener la distinción entre la comprensión y la interpretación de una regla y dar fundamento a la existencia de casos claros a los que la sola captación del significado de la regla –esto es, la habilidad de especificar en circunstancias normales qué actos están de acuerdo con la regla y, por lo tanto, qué la contravendría- permite dar respuesta. Como dice MORESO (1997:217-218):

“La interpretación jurídica –la conveniencia de sustituir un signo por otro- surge cuando tenemos algunas dudas sobre la aplicación de una regla a algún caso (...). Lo que nos conecta con el viejo adagio jurídico de acuerdo con el cual *interpretatio cessat in claris* (o bien, *in claris non fit interpretatio*). En los casos claros, hay básicamente *comprensión* de la regla que se manifiesta en los actos de seguimiento de ella”.

En síntesis, entonces, de acuerdo al positivismo contemporáneo las reglas jurídicas determinan en los casos claros su correcta aplicación a través de su significado literal u ordinario. El *quid* de esta perspectiva reside, entonces, en negar que, como pretende la imagen escéptica, las formulaciones normativas sean recipientes vacíos en

³²⁵ Cfr., por ejemplo, MARMOR (1992:36-39 y 190ss.), BIX (1993:36ss.) y MORESO (1997:215-218). Especialmente influyente en la construcción esas respuestas ha sido la obra de G. BAKER y P. HACKER (de quienes puede verse, por ejemplo, *Wittgenstein. Rules, grammar and necessity*, Blackwell, Oxford, 1985). Una explicación general y un análisis crítico puede verse en IGLESIAS VILA (1999:96ss.).

³²⁶ Cfr. IGLESIAS VILA (1999:99), quien refiere a la obra antes indicada de BAKER y HACKER, pp. 102 y 171-172.

que el intérprete pueda verter a su antojo cualquier contenido significativo. Ellas tienen, por el contrario, el significado que resulta de su uso regular.

Esa regularidad de los actos de uso, constitutiva del significado de las formulaciones normativas parece ser entendida por el positivismo hartiano de acuerdo a una semántica convencionalista, por referencia a los comportamientos lingüísticos compartidos dentro de una comunidad de hablantes, como reflejo de un acuerdo más básico en la forma de vida³²⁷. Así se desprende, por ejemplo, de las definiciones que HART ofrece de los casos claros como “aquellos en los que hay un acuerdo general respecto a su inclusión dentro del alcance de la regla” (1976:106); lo mismo ocurre con algunas aseveraciones de MORESO, en las que se refiere a la corrección de una respuesta judicial “según una práctica comunicativa sólida” (1997:221) y al modo en que “la *Vigilia* sostiene una concepción de la interpretación del derecho (...) que se fundamenta en la obviedad de que el lenguaje del derecho vive en el entramado de reglas, convenciones y prácticas que constituyen los lenguajes naturales” (1997:221).

Esta concepción semántica de los casos claros se apoya en un supuesto que, con todo, admite discusión. Ella da por sentado, como si se tratara de un rasgo necesario de cualquier práctica jurídica, que el alcance de las normas jurídicas resulta determinado solamente por el significado literal (u ordinario) de los enunciados normativos. Nuestras prácticas jurídicas efectivas parecen desmentir, sin embargo, ese supuesto. Así ocurre, por ejemplo, con la admisión de “interpretaciones restrictivas” de disposiciones jurídicas, que excluyen de su ámbito de aplicación –sobre la base, usualmente, de argumentos referidos a la *ratio legis*- casos que sin embargo resultan, desde el punto de vista semántico, casos claros de aplicación del significado de la disposición interpretada³²⁸. La suposición injustificada de la vigencia, en toda práctica

³²⁷ En este sentido cfr. IGLESIAS VILA (1999:104). La autora explica como esta interpretación se apartaría, según BAKER y HACKER, de la idea wittgensteiniana que vincularía en cambio la regularidad del uso no a la multiplicidad de usuarios sino a la multiplicidad de actos de seguimiento (1999:103-104). Esta interpretación errónea devolvería, por otra parte, a su juicio, al positivismo al centro de la paradoja del seguimiento de la reglas, ya que no podrían librarse de “el problema que el escepticismo trata de resaltar: que tomar como criterio semántico un hecho del pasado no determina el contenido de los textos jurídicos porque cabe ofrecer múltiples reconstrucciones de este hecho” (1999:101).

³²⁸ Un primer esbozo de esta crítica a la representación deformada que la teoría postivista de la interpretación ofrecería de nuestras prácticas jurídicas puede encontrarse en los trabajos de Lon FULLER sobre la centralidad en las prácticas de interpretación jurídica de la consideración de los propósitos de las normas (cfr. especialmente FULLER, 1958). En sus formulaciones actuales, el argumento apunta sobre todo a la incapacidad del positivismo para dar cuenta, en forma satisfactoria, de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Al respecto dos estudios ilustrativos son los de ATRIA (2001) y BAYÓN MOHÍNO (2002).

jurídica, de una única convención interpretativa que remite simplemente al intérprete al significado ordinario de los enunciados que conforman las formulaciones normativas, debilita la pretensión positivista de deslindar, a través de su concepción de los casos claros, un espacio de certeza, libre de las zozobras de la indeterminación. Ese salto hace dudar si su afán de trazar una nítida línea divisoria entre éstos y los casos difíciles no resultará superado por la efectiva complejidad de nuestras prácticas jurídicas. Al final de este capítulo volveremos a ocuparnos de esta inquietud (*infra* §155). Por ahora admitiremos provisionalmente esa distinción a fin de considerar cuál es la concepción de la justificación judicial que la acompaña.

§141. *La justificación jurídica y sus límites.* La frontera entre casos claros y casos difíciles señala, en la teoría positivista, un límite análogo para el razonamiento justificativo capaz de demostrar la corrección jurídica de la decisión judicial.

Esa forma de justificación, posible tratándose de casos claros, corresponde al modelo de justificación de la decisión judicial propio de la teoría formalista y satisface todas sus condiciones. En los casos claros podrá, en efecto, inferirse lógicamente la conclusión a partir de una norma jurídica aplicable y del enunciado que clasifique o subsuma el caso particular bajo el término genérico empleado en la definición del antecedente de la norma, cuya corrección será establecida de modo cierto por referencia a los usos lingüísticos existentes.

La concepción positivista de la justificación jurídica en los casos claros parece satisfacer, por otra parte, también los supuestos ligados a la teoría *fundacionalista* de la justificación que subyacía a la concepción formalista de la justificación judicial (*supra* §127). Pues en esa clase de casos claros será posible fundar la corrección de la premisa mayor del razonamiento justificativo y del enunciado que califica o subsume el caso particular en la existencia de ciertos hechos externos al sujeto que decide o evalúa la decisión, esto es, en ciertas fuentes normativas convencionalmente identificadas y en ciertas convenciones sobre el uso del lenguaje. Unas y otras se presentan, por consiguiente, *respecto de esos casos*, como fundamentos objetivos a partir de los cuales resulta posible demostrar la corrección jurídica de una decisión judicial.

Si bien esos hechos de naturaleza social o convencional no son objetivos en sentido “fuerte”, es decir, no trascienden a las capacidades epistémicas de la comunidad de partícipes de la práctica jurídica, pues no consisten sino en un conjunto de expectativas y actitudes interdependientes y de creencias compartidas (de modo que no tendría sentido decir que toda o la mayor parte de los miembros informados de la comunidad se equivoca sobre los criterios de identificación del derecho o sobre el significado de un término), ellos cuentan con una “mínima” o una “modesta”

objetividad, en cuanto son epistémicamente independientes de un agente particular (sí tiene sentido, en otras palabras, decir que un determinado juez se equivoca respecto de ellos)³²⁹. La objetividad mínima o modesta de las convenciones jurídicas y lingüísticas parece suficiente para que valgan como criterios de corrección jurídica y como fundamentos en la justificación jurídica de una decisión.

Aún cuando admitiéramos que la teoría positivista logra salvar de la arremetida escéptica la posibilidad de la justificación jurídica en los casos claros, de esa forma sólo se daría respuesta parcial a la aporía de la justificación judicial. Pues sigue de todos modos abierta la pregunta por la justificación de las decisiones judiciales en los casos respecto de los cuales el derecho resulta indeterminado.

Sabemos que de acuerdo a la concepción formalista de la justificación judicial la imposibilidad de demostrar en esos casos la corrección jurídica de la decisión judicial, volvería injustificable la decisión judicial. Pero en este punto el positivismo contemporáneo parece alejarse de la concepción formalista, discutiendo esa implicación. Según veremos, aunque los autores positivistas no desarrollan, en general, una concepción acabada de la justificación judicial en los casos difíciles, sí coinciden en negar la equivalencia entre la discrecionalidad y la arbitrariedad de la decisión judicial.

§142. *La diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad: la justificabilidad de la decisión judicial en los casos difíciles.* En términos generales los autores positivistas concuerdan en sostener que a los órganos jurisdiccionales les está vedada la arbitrariedad y que la existencia de un margen de discrecionalidad no los libera de la responsabilidad de dar decisiones justificables. Veamos en qué términos los expresan dos de sus más conspicuos representantes, Herbert HART y Joseph RAZ:

“Los poderes de los jueces son intersticiales, y están sujetos a muchas restricciones. A pesar de ello, tales restricciones desaparecerán en aquel punto en el que el Derecho no acierte a imponer alguna decisión como la decisión correcta. En este punto, el juez para decidir debe ejercer su poder de creación de Derecho, aunque no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador conciente, decidiendo según sus propias creencias y valores” (HART, 1980:9)³³⁰.

“Se debe tener en cuenta que la discreción judicial no equivale a una decisión arbitraria. Nunca se permite a los tribunales actuar arbitrariamente. Aun cuando la discreción no sea limitada o

³²⁹ En relación a esta distinción entre grados de objetividad metafísica cfr. LEITER (2002:971).

³³⁰ La misma idea se encuentra expresada también en el *Postscript* póstumo a *El concepto de derecho* (1994:273).

guiada en ninguna dirección específica, los tribunales se encuentran jurídicamente vinculados a actuar como piensen que sea mejor, de acuerdo a sus creencias y valores. Si no lo hacen, si toman una decisión arbitraria arrojando una moneda, por ejemplo, ellos violan un deber jurídico. Un juez debe siempre invocar algunas razones generales. No tiene discreción cuando esas razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere actuar sobre la base de las razones que él piensa que son correctas, en vez de imponerle sus propios estándares” (RAZ, 1972:76-7).

La proscripción de resolver arbitrariamente resultaría de un estándar de actuación judicial, que si bien es presentado por RAZ como un “deber jurídico”³³¹, podría ser entendido también, según propone Philip SOPER (1977:3ss.), como un estándar técnico “implícito en el concepto de juzgar” (1977:5). Desde esta última perspectiva se trataría de un estándar ligado al rol de juez no sólo en el contexto de un determinado sistema jurídico, sino en cualquier contexto en que se trate de juzgar racionalmente situaciones particulares –entre los que SOPER menciona, por ejemplo, un juego o un concurso de belleza (1977:23, nota 23).

Un juez enfrentado a un caso difícil debe, por consiguiente, decidir discrecionalmente, pero no arbitrariamente, entre las alternativas que el derecho le deja abiertas. Eso supone, como explicaban HART y RAZ, que su elección resulte justificable sobre la base de las razones generales que considere correctas. Estos autores parecen dar por sentado, por consiguientes, que la justificación de la decisión judicial en casos difíciles es posible. Sin embargo, son pocas las referencias que hacen a la naturaleza y características de esa justificación (como se sabe, Neil MACCORMICK, puso de relieve esta insuficiencia del análisis hartiano y asumió, en *Legal reasoning and legal theory*, el desafío de completarlo; sus tesis serán consideradas más adelante, cuando nos ocupemos de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica, *infra* 10.5.).

El elemento que con más claridad se consigna es el que se refiere a la *generalidad* de las razones justificativas. Aunque ni HART ni RAZ explican las razones de esta exigencia, es posible que supongan, como es usual, que la universalización o generalización se encuentra conceptualmente ligada a la noción de justificación, esto es, presuman que no hay justificación sin inclusión de la decisión particular en un

³³¹ También BULYGIN (1963) parece entender la proscripción de la arbitrariedad como un deber impuesto por la exigencia jurídica de motivación de las sentencias (cfr. 1963:356). Así la entiende también M. IGLESIAS VILA cuando se refiere a las restricciones que en el modelo de la discreción fuerte se preven para la elección entre las alternativas abiertas de decisión (1999:57 y 58).

criterio de mayor generalidad³³². De este modo, como explica Marisa IGLESIAS, para esos autores “aunque la decisión discrecional no estaría sujeta al principio de legalidad, seguiría estando sometida al principio de universalidad, *i.e.*, la exigencia de fundamentar la elección en una premisa normativa general, aplicable a todos aquellos casos que compartan las características relevantes dentro del contexto discursivo en cuestión” (1999:58).

Fuera de esta referencia a la generalidad de las razones justificativas, los autores citados no se ocupan de precisar qué clase de consideraciones podrían valer como razones justificativas de la decisión discrecional. En términos generales nos encontramos con una remisión a consideraciones de tipo moral –al “mejor juicio moral posible”, como dice HART en su *Postscript a El concepto de derecho* (1994:254)³³³. Pero, por otra parte, se encuentran también alusiones a ciertas consideraciones jurídicas que tendrían relevancia justificativa tratándose de las decisiones discrecionales, aunque sin determinar una única respuesta correcta. Se trata, fundamentalmente, de los cánones y paradigmas compartidos de interpretación jurídica³³⁴ y de los principios jurídicos³³⁵, aunque también se podría incluir la referencia de HART al modo ejemplar o analógico en que guía el lenguaje de las reglas en su área de textura abierta, cuando dice que tratándose de un caso marginal lo que el intérprete debe hacer es considerar, como quien usa un precedente, “si el caso se asemeja ‘en grado suficiente’ al caso típico, en aspectos ‘relevantes’” (1961:159).

Como hemos podido ver, no se ofrecen sino algunas referencias sueltas al problema del razonamiento justificativo tratándose de casos difíciles. Con todo, parece

³³² Sobre ese nexo conceptual cfr. *supra* nota 280. A la generalidad de las razones justificativas en las decisiones judiciales de casos difíciles se refieren también, al interior de la teoría positivista, BULYGIN (1963) –quien a propósito de los casos de laguna normativa señala que también en ese caso “al juez le está prohibido crear normas individuales, pues tiene el deber de inferirlas de normas generales [que en caso de laguna creará el propio juez] y de los hechos del caso, y en la medida en que las crea, sus sentencias son arbitrarias” (1963:360-361)- y MORESO, NAVARRO y REDONDO (1992).

³³³ Cfr. también HART (1961:252.253), RAZ (1972:85) y (1993:334), MORESO (1997:237). Al admitir la inevitable remisión al razonamiento moral tratándose de decisiones discrecionales, el positivismo acogería una versión de la “tesis del caso especial”, según la cual el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral. En particular acogería la que ALEXY llama “tesis de la adición”, en virtud de la cual “la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y aquí tiene que entrar en juego la argumentación práctica general” (1978:39). Al respecto cfr. también A. GARCÍA FIGUEROA (1999a:198-199 y 202-205).

³³⁴ Cfr. MARMOR (1992:36-37).

³³⁵ Cfr. RAZ (1972), HART (1980:10).

que se diera por supuesto que en esa clase de casos tampoco el razonamiento moral podrá determinar una única respuesta correcta. Así lo expresa HART cuando sostiene que dado que siempre es posible que concorra en esos casos una pluralidad de principios morales, “es indudable que no se puede *demostrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada” (HART, 1961:253, cursivas del autor).

Se trata de una afirmación que interesa destacar porque muestra como a la suposición de la posible justificabilidad de las decisiones judiciales en casos difíciles subyace implícita una noción general de justificación que no puede ser la misma que subyace a la concepción positivista de la justificación jurídica tratándose de casos fáciles. Respecto de éstos, justificar la decisión judicial quería decir demostrar su corrección jurídica, de modo que, desde la perspectiva de esa noción de justificación, admitir que en los casos difíciles no es posible demostrar la corrección de la decisión significaría admitir que esas decisiones no son justificables. Para poder sostener que esta última clase de decisiones resulta justificable sería necesaria una concepción de la justificación judicial que se aparte no sólo de los presupuestos jurídico-políticos de la concepción formalista (*i.e.* que una decisión judicial sólo resulta justificable si es demostrable su corrección *jurídica*) –algo que el positivismo, al admitir la limitada autonomía de la justificación jurídica y referir en los casos difíciles a la justificación moral, parece dispuesto a hacer- sino también de sus presupuestos filosóficos *fundacionalistas* (*i.e.* que una conclusión sólo resulta justificable si es *demostrable* su corrección)³³⁶.

Por consiguiente, no parece que la justificabilidad de las decisiones judiciales discrecionales pueda darse tranquilamente por supuesta, como hacen HART y RAZ, sin dar respuesta a esas interrogantes. De este modo, la aporía de la justificación judicial sigue esperando una salida satisfactoria, que el positivismo hartiano no ha logrado ofrecer. Veremos en los próximos epígrafes si los teóricos del derecho que, a diferencia del positivismo hartiano, han concentrado su atención en los problemas del razonamiento jurídico en los casos difíciles, nos ofrecen nuevas pistas para avanzar hacia ella.

³³⁶ La única indicación que HART ofrece al respecto es la de relacionar la justificabilidad de las decisiones discrecionales con su *aceptabilidad* (en el párrafo que antes hemos citado, 1961:253) y vincular luego esa aceptabilidad con ciertas “virtudes judiciales características”: “imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión” (1961:253).

10.4. El completo retorno a la justificación jurídica: Dworkin y la tesis de la única respuesta correcta

§143. *La renovación de la tesis de la determinación del derecho.* La teoría de DWORKIN recupera una de las pretensiones de la concepción formalista de la justificación judicial, la de la posible justificación de la corrección jurídica de toda decisión judicial. En este sentido, al rechazar la caracterización positivista de la decisión judicial en los casos controvertidos como una decisión discrecional y sostener que “no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos” (1977:146), DWORKIN parece mantenerse próximo a los presupuestos político-jurídicos de la concepción formalista, relativos, según se recordará (*supra* §127), a una determinada imagen del rol judicial.

Con todo, las tesis de DWORKIN se apartan considerablemente de los supuestos epistemológicos de esa concepción de la justificación judicial. Eso explica, según veremos, que su concepción no requiera, como en cambio requería la concepción formalista, la demostrabilidad universalmente válida de la corrección de una cierta decisión judicial. Y también explica que su tesis de la respuesta correcta no excluya la existencia de desacuerdos entre los partícipes de la práctica jurídica en torno al contenido de la solución correcta para un cierto caso particular³³⁷.

Aunque en la primera etapa de formación de su teoría esa distancia epistemológica aparece sólo insinuada (*infra* §144), a medida que ella se consolida va resultando más claro como su tesis de la respuesta correcta se apoya en una teoría general de la justificación que rechaza explícitamente el fundacionalismo (*infra* §§145 y

³³⁷ Ciertamente el reconocimiento de esta distancia epistemológica entre la concepción dworkiniana y la concepción formalista de la justificación judicial, lleva a matizar la afirmación del párrafo anterior relativa a la sintonía de ambas concepciones desde el punto de vista político-jurídico. Si bien DWORKIN pone al centro de su teoría el modelo del estado de derecho, la imagen del rol judicial que de ella resulta posiblemente no sería satisfactoria para una formalista apegado a una imagen *more geometrico* de la certeza jurídica. Resulta expresivo, en este sentido, lo que Duncan KENNEDY dice a propósito de la reconstrucción dworkiniana de la posibilidad de una única respuesta correcta. DWORKIN, dice KENNEDY, prescinde de alguna de las dualidades inicialmente ligadas a la separación de poderes y la diferenciación entre legislación y jurisdicción, pues en su teoría “los jueces crean tanto como aplican derecho, su creación de derecho es política, ellos no se encuentran validados por la objetividad” (1997:129). Y agrega que “las herramientas de la reconstrucción son la respuesta correcta interpretativa, la noción de principio y la distinción entre derechos y *policies*. A través de ellas, Dworkin reconstituye las distinciones iniciales aunque en una forma más modesta: no aplicación del derecho sino corrección en la interpretación; no objetividad sino principios; no derecho contra política, sino derechos contra *policies*” (1997:129).

147). Ya veremos si la concepción de la justificación judicial que sobre esa base construye y que pretende ser válida para las decisiones judiciales tanto en los casos fáciles como en los casos difíciles, logra alejarnos de la aporía.

§144. *La formulación inicial de la tesis de la única respuesta correcta.* En una primera etapa de desarrollo de su teoría jurídica –representada por los ensayos reunidos en el libro *Los derechos en serio* (1977)–, DWORKIN construye su crítica a la tesis de la discrecionalidad judicial a partir de la discusión de la ontología jurídica asumida por el positivismo. Ella ofrecería una imagen demasiado simple del derecho, al reducirlo a un conjunto de reglas y no considerar el rol que en él juegan los principios, esto es, las normas que expresan los valores fundamentales de un determinado ordenamiento. Son precisamente los principios, sostiene DWORKIN, los que proporcionan al juez criterios de decisión, diversos de las reglas en cuanto suponen una ponderación, frente al caso, de su peso relativo, pero igualmente vinculantes frente a casos difíciles³³⁸.

La bandera, políticamente vistosa, de la única respuesta correcta envolvía, en el contexto de este argumento, un ataque que DWORKIN pretendía dirigir al corazón del positivismo, mostrando la inadecuación de su criterio de identificación del derecho a través de un test de pedigree, relativo a la forma de producción de las normas. Ese criterio no permitiría dar cuenta de la identificación de los principios, que requiere de consideraciones sustantivas sobre la moralidad política de la comunidad que van significativamente más allá de esos estrechos límites, pues “un principio es un principio de derecho”, señala DWORKIN (1977:128), “si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión”³³⁹. Esa es la clase de

³³⁸ El argumento es, ciertamente, más complejo, pues se refiere también a la incapacidad del positivismo para dar cuenta de otros estándares jurídicos, las directrices políticas o *policies*, que, sin embargo, no son según DWORKIN razones admisibles para la justificación de la decisión judicial. Sobre este punto, así como sobre la explicación de las características de los principios en las que DWORKIN apoya su discutible tesis de una diferencia cualitativa o lógica respecto las reglas, no puedo sino limitarme a remitir al lector a sus textos (especialmente 1977:72ss.) y a los análisis del tema que realizan PRIETO SANCHÍS (1992:27ss.), GARCÍA FIGUEROA (1998:163ss.) y SCHIAVELLO (1998:206ss.).

³³⁹ Este mismo ejercicio de formulación de la mejor teoría justificativa es requerido para determinar cuál es la mejor concepción de los conceptos controvertidos que utilizan las normas, especialmente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, que expresan, diríamos, aunque DWORKIN no utiliza esta terminología, principios explícitos (cfr. DWORKIN, 1977:203ss.).

consideraciones, hercúleas pero no imposibles, que el derecho requiere de un juez para dar con la respuesta correcta en los casos controvertidos.

Esta formulación del argumento dejaba expuesta la tesis de la respuesta correcta a un conjunto de objeciones, que no tardaron, efectivamente, en llegar. Ellas se dirigieron tanto a negar la supuesta incompatibilidad entre el positivismo y el reconocimiento de la existencia de estándares jurídicos que asuman la forma de principios³⁴⁰, como a objetar que la sola constatación de que el derecho está formado también por principios constituyera una demostración suficiente de la existencia, para todo caso jurídico, de una única respuesta correcta, pues nada en esa explicación garantiza que el derecho determine unívocamente, para todo caso posible, el peso relativo de esos principios³⁴¹.

La tesis de la respuesta correcta aparece, en esta primera aproximación, más bien como una premisa, dada por supuesta, que como una conclusión del argumento de DWORKIN. En obras posteriores y especialmente en *Law's Empire* (1986) la tesis de la respuesta correcta pierde el rol de punta de lanza contra el positivismo que había tenido en la primera etapa y aparece como una consecuencia, menos protagónica, de lo que a esas alturas resulta ya una teoría del derecho consistentemente estructurada³⁴².

§145. *La interpretación constructiva.* Ya en *Los derechos en serio* resultaba evidente que el intento de DWORKIN por recuperar la idea de una única respuesta correcta no suponía ninguna reedición nostálgica de la imagen aritmética del razonamiento jurídico propia del formalismo. Esa impresión resulta confirmada en *Law's Empire*, donde se aclaran las bases epistémicas de su teoría interpretativa del derecho, muy distantes, como anticipábamos, del fundacionalismo que subyacía a la concepción formalista de la justificación judicial.

El primer paso que marca esa distancia es su tesis de la interpretación constructiva, según la cual conocer una práctica social, como el derecho, consiste en ofrecer la mejor versión posible de la misma a la luz de su propósito³⁴³. La

³⁴⁰ Cfr. *supra* nota 318.

³⁴¹ Ejemplos de esta línea de crítica pueden verse en J. RAZ (1972) y H. HART (1977) y (1994:275). Cfr. también ALEXY (1988a:144ss.), donde el autor discute la plausibilidad de una “teoría fuerte de los principios” –que contuviera todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos- que haga posible la tesis de DWORKIN de la única respuesta correcta.

³⁴² En este sentido vid. también GARCÍA FIGUEROA (1998:239) y SCHIAVELLO (1998:339).

³⁴³ Cfr. DWORKIN (1986:46ss.). Dos lúcidas explicaciones de esta tesis, como en general de la teoría

interpretación constructiva es, por consiguiente, un modo de conocimiento, que DWORKIN caracteriza contrastándolo con la interpretación conversacional, propia de aquellas situaciones de comunicación cara a cara. Mientras en ésta cuenta sobre todo la intención del autor, en la interpretación constructiva lo que cuenta es la intención del intérprete, que se enfrenta a un objeto que ha adquirido autonomía respecto de sus autores e intenta darle el mejor sentido posible en el momento en que lo interpreta, proyectando sobre él sus convicciones sobre el propósito general de esa clase de objeto³⁴⁴. Esta es la clase de actividad que cabe esperar tanto del juez como del jurista y del teórico del derecho, quienes como partícipes de una práctica social tratarán de ofrecerla bajo su mejor luz, ya sea al caracterizar la naturaleza del derecho, o al resolver un caso particular³⁴⁵.

Cada participante de la práctica tendrá entonces un punto de vista respecto a su sentido global, que podrá estar en competición con la forma de comprenderla de otros participantes. En tanto son participantes de la misma práctica social –o, dicho de otro modo, en tanto esa práctica existe- ellos compartirán, sin embargo, una misma idea abstracta sobre el propósito general de sus interacciones³⁴⁶. Para explicar este juego entre el acuerdo básico y los posibles desacuerdos al interior de una práctica, DWORKIN recurre a la distinción entre concepto y concepción³⁴⁷. Lo que los participantes comparten es entonces el concepto, que expresa una idea general sobre el propósito de la práctica, aunque pueden discrepar sobre cuál es la concepción que ofrece la mejor reconstrucción de la práctica a la luz de ese propósito.

dworkiniana, de las que me he servido a lo largo de esta sección, son SCHIAVELLO (1998:97ss.) e IGLESIAS VILA (1999:128ss.).

³⁴⁴ Cfr. DWORKIN (1986:49ss.).

³⁴⁵ Cfr. DWORKIN (1986:90 y 412-13).

³⁴⁶ DWORKIN recurre a la noción wittgensteniana de “forma de vida” como fundamento ese acuerdo básico que es presupuesto de la existencia de una práctica social: “Ellos deben concordar en buena medida para compartir una práctica social. Deben compartir un vocabulario: deben tener lo mismo en mente cuando hablan de sombreros y requisitos. Deben entender el mundo de formas suficientemente similares y tener intereses y convicciones suficientemente similares para reconocer un sentido a los juicios de otros, para tratarlos como juicios y no como meros ruidos. Esto significa no solamente usar el mismo diccionario, sino compartir lo que Wittgenstein llamó una forma de vida suficientemente concreta de modo que uno pueda reconocer sentido y propósito a lo que los otros dicen y hacen, ver que clase de creencias y motivos darían sentido a sus palabras, gestos, tonos, etc.” (DWORKIN, 1986:63-64).

³⁴⁷ Cfr. DWORKIN (1986:70ss.). Sobre el origen de esta distinción en HART y su conocido uso en RAWLS y GALLIE, vid. IGLESIAS VILA (1999:136, nota 43).

En el caso de la práctica jurídica el concepto interpretativo que a juicio de DWORKIN podría ser asumido sin controversia presenta al derecho como un modo de justificar el ejercicio de la coerción estatal. Como el propio autor reconoce, se trata de un concepto que refiere de modo amplio a la *Rule of Law*. Estos son los términos en que lo explica:

“Nuestras discusiones sobre el derecho suponen en general, a mi juicio, que el sentido más abstracto y fundamental de la práctica jurídica consiste en servir de guía y límite al poder del gobierno en el siguiente modo. El derecho insiste en que la fuerza no debe ser usada, no importa cuan útil pueda resultar para los fines que se tienen a la vista o cuan benéficos o nobles sean esos fines, excepto en la forma permitida o exigida por los derechos individuales y por las responsabilidades que emanan de las decisiones políticas pasadas acerca de cuando la fuerza colectiva se justifica” (DWORKIN, 1986:93).

Además de compartir el concepto interpretativo, la participación en una misma práctica social supone compartir también “un sentido preinterpretativo de los límites aproximados de la práctica” (DWORKIN, 1986:75) y ciertos casos paradigmáticos acerca de lo que esa práctica requiere³⁴⁸. En el caso de la práctica jurídica, eso significa que los partícipes podrán reconocer sin controversia el contexto en que discuten cuando argumentan acerca del derecho, diferenciando los argumentos jurídicos de otros tipos de argumentos, así como ciertos “paradigmas jurídicos”, es decir, ciertos ejemplos concretos que nadie discutiría como parte de la práctica. La identificación de estos datos pre-interpretativos, que según hemos visto serán aproximadamente los mismos para todos los partícipes de una misma práctica jurídica, corresponde a la primera etapa en la formación de una concepción o teoría interpretativa del derecho³⁴⁹.

En la siguiente etapa, o etapa interpretativa, el intérprete da sentido a esos datos a la luz del propósito general representado por el concepto interpretativo compartido, proponiendo una lectura general de la práctica jurídica que se ajuste o adecue a esos datos³⁵⁰. Finalmente, en la etapa postinterpretativa o reformadora, cada intérprete articulará una reconstrucción de la práctica que determine que es lo que ella requiere en cada caso para ser el mejor ejemplo de su justificación o propósito general. En esta etapa los juicios de un partícipe acerca de qué reconstrucción de la práctica satisface mejor esa dimensión valorativa y expresa mejor su justificación general,

³⁴⁸ Sobre los casos paradigmáticos y su relación con el concepto de una práctica cfr. DWORKIN (1986:72-76).

³⁴⁹ Cfr. DWORKIN (1986:90-92 y 65-66).

³⁵⁰ Cfr. DWORKIN (1986:66).

pueden no coincidir con otros los de otros partícipes sin que eso signifique que no compartan la misma práctica social³⁵¹.

§146. *La concepción del derecho como integridad y el juez como novelista en cadena.* Tras delinear su postura epistémica, DWORKIN desarrolla la concepción o teoría interpretativa del derecho que a su juicio ofrece la mejor reconstrucción de la práctica jurídica en tanto forma de justificación de la coerción estatal. Se trata de la concepción del derecho como integridad, que el autor contrasta con otras dos concepciones, el convencionalismo –que representaría los planteamientos del positivismo leído como teoría interpretativa³⁵²- y el pragmatismo –en el que podrían caer, más o menos cómodamente, los planteamientos del realismo norteamericano y de la escuela del análisis económico del derecho.

Entre los datos preinterpretativos –los aspectos no controvertidos de la práctica jurídica- que sirven como punto de partida a las reconstrucciones ofrecidas por estas diferentes concepciones se encuentran las decisiones pasadas de ciertas instituciones – en el caso de la práctica jurídica de los Estados Unidos, fundamentalmente la legislación y el precedente³⁵³. Cada concepción ofrece, sin embargo, una versión diferente sobre por qué y cómo esas decisiones institucionales pasadas sirven al propósito de la justificación de la coerción estatal.

Para la concepción convencionalista la vinculación a las decisiones políticas pasadas sirve al propósito de la justificación de la coerción estatal porque garantiza su predictibilidad y asegura también la seguridad jurídica a través del respeto a los procedimientos normativos legalmente establecidos. La reconstrucción de la práctica jurídica que esta concepción ofrece se centra en lo que las decisiones políticas pasadas comprenden explícitamente o en lo que cabe derivar de ellas a través de métodos convencionalmente aceptados por la profesión jurídica. Puesto que estas convenciones tienen límites, habrá preguntas jurídicas que la práctica, según esta versión, no podrá

³⁵¹ Cfr. DWORKIN (1986:66-68).

³⁵² Además de defender su concepción del derecho como integridad como mejor versión de la práctica jurídica, en contraste con la versión que resulta de entender al positivismo como teoría interpretativa, DWORKIN también critica la postura epistémica que a su juicio subyace al positivismo (de modo que la lectura del mismo como teoría interpretativa no sería, podríamos decir, necesariamente fiel a las intenciones de sus autores sino que intentaría ofrecer la mejor versión posible de la misma): se trata de la crítica a la *plain fact theory* y de la tesis del aguijón semántico, a la que haremos referencia algunas páginas más adelante (*infra* §147).

³⁵³ Cfr. DWORKIN (1986:91 y 99).

responder. Respecto de ellas no cabe exigir del intérprete ningún respeto hacia la historia pasada y cualquier criterio de decisión orientado al futuro será admisible³⁵⁴.

Desde la perspectiva del pragmatismo, en cambio, las decisiones institucionales del pasado no aseguran de ningún modo la justificación de la coerción estatal. Esta justificación sólo puede encontrarse en la bondad de la decisión sobre el uso de la fuerza adoptada en cada caso particular. De acuerdo a esta interpretación de la práctica jurídica, los jueces deciden y deben decidir evaluando en cada caso cuál es la mejor decisión (más justa o más eficiente, según la variante del pragmatismo que consideremos) para el futuro de la comunidad, sin que se considere valiosa alguna forma de consistencia con su historia jurídica³⁵⁵.

Finalmente, la concepción del derecho como integridad ofrece su propia respuesta a las preguntas acerca de por qué las decisiones institucionales pasadas sirven a la justificación de la coerción estatal y cómo lo hacen. De acuerdo a su versión de la práctica jurídica, la vinculación a las decisiones institucionales pasadas sirve a la justificación de la coerción no sólo al proveer predictibilidad y certeza acerca de los procedimientos, sino también al proporcionar cierta igualdad entre los ciudadanos que hace a la comunidad política más genuina. La consistencia respecto de esas decisiones pasadas requiere, según esta concepción, no sólo la vinculación a sus contenidos explícitos sino también a los principios de moralidad política en los que ellas encuentran justificación³⁵⁶.

Como su nombre lo indica, esta concepción del derecho atribuye un lugar central en la reconstrucción de la práctica jurídica al valor de la integridad. Ese valor puede ser entendido, según la sintética definición que propone Marisa IGLESIAS VILA, “horizontalmente, como el equilibrio o la coherencia entre principios que justifican actos normativos y, verticalmente, como la coherencia de esos actos con el conjunto de principios que los justifican” (1999:150). Para comprender los requerimientos de la integridad DWORKIN propone la ficción de personificar a la comunidad y considerarla como un agente moral capaz de poseer la virtud individual de la integridad, que requiere que sus decisiones particulares sean coherentes con el esquema general de

³⁵⁴ Cfr. DWORKIN (1986:94-95 y 114ss.).

³⁵⁵ Cfr. DWORKIN (1986:95 y 151ss.). DWORKIN precisa que el pragmatismo podría ser presentado también como una teoría que no admite el concepto de derecho que él supone como no controvertido. Desde esta perspectiva se trataría de una teoría radicalmente escéptica respecto de la existencia del derecho y la posibilidad de la justificación de la coerción.

³⁵⁶ Cfr. DWORKIN (1986:95-96 y 176).

principios que acepta y que este esquema represente en conjunto una forma homogénea de comportarse y vivir (1986:167ss).

De modo similar, esta visión de la comunidad y de la práctica jurídica basada en la integridad requiere al legislador tomar decisiones coherentes con el conjunto de principios fundamentales de la práctica jurídica y evitar, en consecuencia, las decisiones “diversificadas”, que tratan casos similares de forma distinta sin sujetarse a un criterio general³⁵⁷. Respecto de los órganos jurisdiccionales, la integridad les exige leer la práctica jurídica como si la colectividad hablara con una voz unitaria, reconstruyéndola interpretativamente como un todo coherente respecto de un esquema, también coherente, de principios de moralidad política³⁵⁸.

Desde esta perspectiva, la tarea de los jueces puede compararse con la de un novelista que debe continuar una novela en cadena, cuyos capítulos anteriores han sido redactados por otros autores³⁵⁹. Como el novelista en cadena, el juez no debe crear una nueva obra, sino que debe continuar una ya en realización, escribiendo un capítulo que prosiga el hilo argumental que atribuye interpretativamente al texto que recibe. Mientras el novelista deberá leer los capítulos anteriores guiado por el criterio de la consistencia narrativa, como si los autores anteriores hubieran querido contar una misma historia, de manera análoga el juez deberá leer la práctica jurídica como un todo coherente con un esquema coherente de principios de moralidad política. La tarea del juez, por otra parte, como la del novelista, no es sólo la de añadir un nuevo capítulo,

³⁵⁷ Cfr. DWORKIN (1986:167, 211-214 y 217-218).

³⁵⁸ Cfr. DWORKIN (1986: 167 y 218-219). La concepción del derecho como integridad parece duplicar en cierto modo la idea de reconstrucción coherente que ya está presente en la tesis de la interpretación constructiva. Si de acuerdo a esta última conocer una práctica es interpretarla como un todo coherente a la luz del propósito general que le atribuimos, la concepción del derecho como integridad sostiene que ese propósito requiere reconstruir la práctica jurídica como un todo coherente respecto de un esquema a su vez coherente de principios de moralidad política. A juicio de Marisa IGLESIAS, esta reiteración de la idea de coherencia nada agrega a la tesis de la interpretación constructiva, de modo que en realidad cualquier teoría tomaría el criterio de la integridad (IGLESIAS VILA, 1999:156). En mi opinión, sin embargo, el contraste que DWORKIN realiza entre su propia concepción del derecho y el convencionalismo y el pragmatismo pretende mostrar que éstas no admitirían la integridad como virtud jurídico-política. Una cuestión diferente, en la que sí concuerdo con IGLESIAS VILA (1999:156, 235-236) es que la integridad no responde cuál es la mejor reconstrucción del derecho: ello dependerá de la cuestión sustantiva sobre cuáles son los valores que justifican nuestra práctica. La respuesta de DWORKIN es que la mejor reconstrucción es aquella que tiene en cuenta tres valores o principios fundamentales, la equidad, la justicia y el debido proceso (cfr. DWORKIN, 1986:164-167). Podría ocurrir que otro partícipe sostenga otra concepción, que aún admitiendo el criterio de la integridad, tome en cuenta otros valores o principios.

³⁵⁹ Cfr. DWORKIN (1985:158ss.) y (1986:228ss.).

sino la de contribuir a realizar una buena obra literaria, la mejor posible a la luz de sus convicciones sobre el género y sobre la base de lo que los otros autores ya han redactado.

En esta metáfora, el “mejor capítulo” es el símil de la respuesta correcta. Ella sugiere que en ningún caso deja de ser responsabilidad del juez-novelistas determinar cuál es la solución frente a un caso que mejor se ajusta a la teoría que mejor reconstruye el derecho como un todo coherente en sus principios fundamentales. La justificabilidad de la decisión judicial –la determinación de su ajuste con la mejor teoría del derecho- se garantiza entonces tanto para los casos claros como para los casos en que las soluciones interpretativas sean controvertidas al interior de la práctica.

§147. *La concepción constructivista de la corrección jurídica y de la justificación judicial.* La forma de sustentar la tesis de la única respuesta correcta que acabamos de reseñar ha parecido insuficiente a muchos críticos de DWORKIN. Una objeción habitual sostiene que en definitiva esa respuesta sólo podría hallarse en el imposible final de un “regreso infinito de teorías”³⁶⁰. Pues si, como el propio DWORKIN admite (1986:255-256), frente a un caso difícil puede haber diferentes concepciones en pugna respecto al contenido de la práctica jurídica, que representen diferentes convicciones sustantivas acerca de lo que exigen sus valores fundamentales y que justifiquen diferentes soluciones interpretativas, entonces, para dirimir cuál de ellas ofrece la mejor reconstrucción de la práctica jurídica se necesitaría un ulterior criterio de corrección proporcionado por una nueva teoría. Pero esa tercera teoría podría suscitar nuevas controversias, que hicieran necesaria una cuarta teoría, y así sucesivamente.

La única salida a esa sucesión infinita de teorías sería postular un criterio de corrección externo e independiente de cualquier teoría. Esa salida supondría, sin embargo, admitir el realismo moral –algo a lo que DWORKIN parece resistirse, en tanto toma como referente de la interpretación constructiva al derecho entendido como práctica social³⁶¹- y renunciar a la postura epistémica interpretativa o constructivista. Si el autor no está dispuesto a abandonar sus supuestos ontológicos y epistémicos,

³⁶⁰ Cfr. MACCORMICK (1978:254-255), AARNIO (1990:32-34 y 1997:219-220).

³⁶¹ Cfr. DWORKIN (1985:137ss.), donde descarta sostener su planteamiento sobre la afirmación de la existencia de hechos morales y afirma en cambio la existencia de “hechos de consistencia normativa”, cuya existencia es interna a la práctica jurídica –depende de la posibilidad de trazar la mejor versión de la historia jurídica que sea consistente con los datos preinterpretativos- y no supone, por consiguiente, ninguna realidad metafísica. En el mismo sentido, vid. también DWORKIN (1985:147).

entonces, sugiere esta objeción, no le queda sino abandonar la tesis de la única respuesta correcta.

Esta objeción se construye, sin embargo, sobre el supuesto que sólo tiene sentido hablar de “única respuesta correcta” en el contexto de una teoría fundacionalista de la justificación jurídica. DWORKIN, en cambio, utiliza la expresión en el marco de una postura epistémica diferente³⁶². Ciertamente si entendemos la respuesta correcta como aquella cuya correspondencia con una realidad exterior puede ser objetivamente demostrada, la respuesta correcta *a la Dworkin* no satisfará nuestras expectativas. Eso es lo que parece ocurrirle, por ejemplo, a HART, cuando pronosticaba que el aspecto más discutido de la obra de DWORKIN sería “su insistencia en que incluso en el supuesto que no que no haya forma de demostrar cuál de las dos soluciones en conflicto, igualmente fundamentadas en el derecho existente, es correcta, siempre habrá una respuesta correcta en concreto a la espera de ser descubierta” (1994:343-344), pues esa tesis sólo tendría sentido si existiera en todo caso un “test objetivo y público” para “demostrar” la corrección de la respuesta (1994:344)³⁶³.

DWORKIN rechaza, sin embargo, explícitamente, que la corrección jurídica pueda ser entendida por referencia a una teoría correspondentista de la verdad y a una teoría fundacionalista de la justificación. Así, no hay, de acuerdo a su postura epistémica, un fundamento exterior, desligado de las convicciones que constituyen una teoría interpretativa, que pueda servir como soporte último para la justificación de la corrección³⁶⁴. Es por eso que, de acuerdo a la tesis de la interpretación constructiva, la verdad de las proposiciones jurídicas no es función de la existencia o ausencia de

³⁶² Como veremos en el siguiente epígrafe, los autores que formulan esta objeción -como en general los teóricos de la argumentación jurídica- sostienen que las categorías y modelos de justificación propios de la racionalidad científica -entre ellos la noción de “única respuesta correcta”- no resultan aplicables en el ámbito de la racionalidad práctica. DWORKIN en cambio asume una noción de corrección que sería aplicable tanto a la deliberación práctica como a las ciencias, de acuerdo a la imagen de estas últimas que resulta de las concepciones epistemológicas post-positivistas. Éstas sostienen que tampoco en el ámbito de las ciencias duras es posible una remisión a la realidad que prescinda de un esquema conceptual, que tampoco allí tiene sentido la idea de un punto de vista externo, objetivo y privilegiado -el “punto de vista del ojo de Dios” al que se refiere PUTNAM (1981:63)- que pueda controlar la correspondencia entre una cierta teoría y la realidad. Cfr. al respecto VILLA (1988) e IGLESIAS VILA (1999:175-197).

³⁶³ De forma similar se expresa también GREENAWALT (1975:368): “la discreción existe cuando no existe un procedimiento para determinar si el resultado es correcto, los juristas competentes discrepan sobre el resultado adecuado, y la decisión del juez en esos casos no será considerada como un incumplimiento de sus responsabilidades judiciales”. Vid. también MARMOR (1992:76-77) y MORESO (1998:203-205).

³⁶⁴ Cfr. DWORKIN (1985:171-174).

ciertos hechos, sino de su ajuste con el conjunto de proposiciones que ofrecen la mejor interpretación de la práctica jurídica³⁶⁵. Y la justificación de la solución a un caso particular no consistirá, por consiguiente, en la demostración universalmente válida de su corrección a partir de premisas ciertas, sino en su inferencia a partir de premisas que se ajustan a la teoría que ofrece, a juicio del intérprete, la mejor reconstrucción de la práctica³⁶⁶. De este modo, la teoría correspondentista de la verdad es sustituida por una teoría de la verdad como asertabilidad –según la cual afirmar que un enunciado es verdadero es afirmar que puede ser justificado-³⁶⁷, y la teoría fundacionalista de la justificación por una teoría coherentista –según la cual toda justificación es relativa a una teoría o esquema conceptual y es función de su solidez, esto es, de su complejidad y coherencia³⁶⁸.

Con todo, se podría discutir si mantener esta concepción de la corrección y de la verdad –que podríamos llamar, parafraseando la terminología del propio DWORKIN, *corrección o verdad en sentido débil*- tiene algún sentido o utilidad y, por otra parte, si ella no termina siendo una forma de referir a la mera subjetividad del intérprete. Respecto a la primera cuestión, la noción de corrección tiene sentido, a juicio de DWORKIN, como noción interna a un juego de lenguaje (186:13). Como explica IGLESIAS VILA (1999:196), utilizamos el lenguaje de la verdad en una práctica argumentativa “para clarificar el significado de nuestros juicios como juicios relativos a qué es lo que exige la práctica y no relativos a nuestros gustos y opiniones”. Ese lenguaje de la verdad o la corrección nos permite dar cuenta de nuestras discusiones como controversias relativas a cuáles son los mejores argumentos y razones –aunque, como dice la misma autora, nada quepa encontrar fuera de nuestro juego de lenguaje que nos dé una base más sólida para afirmar lo que afirmamos o para determinar quién emite el juicio correcto en caso de conflicto³⁶⁹.

³⁶⁵ Cfr. DWORKIN (1985:131-139 y 146-149) y (1986:13-15, 49-51 y 225).

³⁶⁶ Cfr. DWORKIN (1986:ix). Como dice Marisa IGLESIAS VILA (1999:228, nota 69), “desde una perspectiva interpretativa del Derecho, la justificación jurídica de un razonamiento judicial exige algo más que la corrección lógica de una inferencia y algo menos que la adecuación moral de la premisa normativa. La justificación de la conclusión interpretativa requiere algún criterio jurídico para seleccionar esta premisa. Ello presupone la posibilidad de mostrar su coherencia vertical con un conjunto horizontalmente coherente de principios que ofrecen la mejor justificación de la práctica jurídica como un todo”.

³⁶⁷ Cfr. PUTNAM (1981:65) e IGLESIAS VILA (1999:203ss.).

³⁶⁸ Cfr. IGLESIAS VILA (1999:211-218).

³⁶⁹ Cfr. IGLESIAS VILA (1999:224) y DWORKIN (1985:167-177).

En este sentido, la tesis de la única respuesta correcta sugiere que aunque haya desacuerdo entre los participantes en torno a cuál es la mejor solución interpretativa, el desacuerdo no conduce al reconocimiento de que los argumentos a favor de las distintas soluciones se encuentran tan equilibrados que no es posible sostener la corrección de una u otra, sino a que cada partícipe ofrezca argumentos para sostener que su teoría es la mejor y que la respuesta que ella justifica es la correcta³⁷⁰. Uno de los méritos de la aproximación interpretativa al derecho que DWORKIN insiste en destacar es, precisamente, el de dar sentido a esos desacuerdos habituales en la práctica jurídica, como desacuerdos que no son, en la mayor parte de los casos, desacuerdos semánticos, sino que son habitualmente desacuerdos teóricos o sustantivos, esto es, relativos no al significado de los términos sino a las creencias sobre el contenido de la práctica, cuya existencia no implica, por otra parte, que esa práctica se encuentre indeterminada, pues no impiden que los participantes discutan entre ellos en forma inteligible³⁷¹.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, si la corrección en sentido débil no termina siendo una admisión de que todo vale en la práctica jurídica, de que no hay restricciones a la interpretación ni más criterios de decisión que las preferencias personales del juez, la respuesta que DWORKIN esboza –y que ha sido sólidamente desarrollada por IGLESIAS VILA (1999:175ss.)- refiere a la existencia de “restricciones internas o subjetivas”, esto es, derivadas de los juicios de los propios intérpretes y que, no obstante, tienen carácter objetivo porque limitan su libertad de acción³⁷².

Esta tesis de una “objetividad interna”, que ha sido explorada también por filósofos como DAVIDSON y PUTNAM, pretende diluir la tensión entre lo objetivo y lo subjetivo una vez que se descarta la posibilidad de un acceso a una forma externa de objetividad –esto es una vez admitida la tesis constructivista, que esos filósofos acogen como postura epistémica general³⁷³. La idea de objetividad mantiene sentido, entonces, al ser referida al límite que unas creencias del intérprete pueden significar respecto de otras de sus creencias. La noción clave para entender como opera ese límite interno es, como explica IGLESIAS VILA (1999:182), la noción de “esquema conceptual”, entendida como una “estructura ordenada y jerarquizada de convicciones diferenciables que, en

³⁷⁰ Cfr. DWORKIN (1985:142-144) y (1986:85-86 y 264).

³⁷¹ Se trata del célebre argumento del “aguijón semántico”, con el que DWORKIN pretende atacar la tesis que el derecho se determina a partir de convenciones lingüísticas. Cfr. DWORKIN (1986:5-15, 45-46) e IGLESIAS VILA (1999:257-258). Respecto de la base de acuerdos que supone el ser participantes de una misma práctica y que hace posible la existencia en su interior de desacuerdos sustantivos vid. *supra* §145 .

³⁷² Cfr. DWORKIN (1985:160-162) y (1986:234-236).

³⁷³ Véase *supra* nota 362.

su conjunto, configuran una perspectiva acerca del fenómeno jurídico”. En la medida que ese esquema sea sólido, esto es, forme un conjunto globalmente coherente y se estructure en diferentes niveles de convicciones –distinguiendo, por ejemplo, convicciones más y menos sólidas, o convicciones formales (relativas a la identidad de lo que se interpreta), convicciones sustantivas (que imponen un sentido al objeto para mostrarlo desde su mejor perspectiva) y convicciones genuinamente prescriptivas (relativas a las preferencias del intérprete respecto a como debería ser el objeto)-, entonces el ajuste o la coherencia con el y en el conjunto de ese esquema podrá constituir efectivamente un límite y un criterio de justificación de nuestras creencias³⁷⁴.

§148. *Las fronteras de la justificación jurídica.* Las restricciones internas que acabamos de considerar darían sentido entonces a las nociones de corrección y de verdad jurídica que DWORKIN emplea. Pero, ¿pueden ellas garantizar que, una vez valoradas todas las alternativas de solución frente a un cierto caso a la luz de nuestro esquema de creencias, lleguemos siempre a la convicción de que una de ellas es la respuesta jurídicamente correcta? Nuestro autor mantiene a este respecto una tesis optimista. Su optimismo parece, con todo, infundado si tenemos en cuenta dos situaciones que, como explica IGLESIAS VILA (1999:238-246), resultan conceptualmente posibles en el marco de su postura epistémica y que la teoría del derecho como integridad no consigue descartar.

La primera es la eventual inconmensurabilidad entre interpretaciones cuando un mismo esquema conceptual comprende varios criterios de valoración no reducibles a uno sólo. La teoría del derecho como integridad pertenece precisamente a esa clase de teorías pluralistas, pues su reconstrucción de la práctica jurídica se basa en el equilibrio entre tres valores –la equidad, la justicia y el debido proceso–³⁷⁵, de modo que no puede excluir, razonablemente, la posibilidad de un conflicto irreductible entre éstos³⁷⁶.

Por otra parte, su teoría tampoco puede excluir la posibilidad de un empate entre interpretaciones, pues no hay bases para rechazar a priori que en algún caso el balance de razones lleve a la igualdad entre dos soluciones interpretativas, de modo

³⁷⁴ Un desarrollo detenido de estas ideas puede verse en IGLESIAS VILA (1999:211ss.).

³⁷⁵ Véase *supra* nota 358.

³⁷⁶ Cfr. IGLESIAS VILA (1999:239-243). Se trataría de situaciones próximas a las que ATIENZA caracteriza como “casos trágicos”, en los que no es posible determinar una solución sin sacrificar algo esencial para uno de los valores en conflicto y no se puede encontrar, por consiguiente, un punto de equilibrio entre ambos (cfr. ATIENZA, 1990a:154ss.).

que haya razones interpretativas para concluir que no hay respuesta jurídica correcta³⁷⁷.

En estos casos la mejor teoría del derecho no le permitirá justificar al juez una solución unívoca y su decisión será, por consiguiente, discrecional –discrecional “en sentido fuerte”, en la terminología de DWORKIN. La novela ya escrita del derecho no le proporcionará al intérprete criterios para elegir entre las alternativas de solución, de modo que deberá adoptar su decisión mirando sólo al futuro de la comunidad, como un legislador consciente. Si bien DWORKIN amplía el ámbito de la justificabilidad jurídica más allá del estrecho límite de los casos claros, rompiendo la equivalencia que el positivismo parecía establecer entre desacuerdos interpretativos e imposibilidad de la justificación jurídica, llega un punto –que ya no es el de los casos difíciles o controvertidos, sino el de los casos de inconmensurabilidad o empate al interior de un cierto esquema conceptual- en que volvemos a encontrarnos con la aporía de la justificación y con la necesidad de encontrar razones justificativas más allá del derecho. Dejaremos abierta, por ahora, esta cuestión, para retomarla al final de este capítulo (*infra* §157).

No quisiera, con todo, cerrar esta sección dedicada a DWORKIN sin volver brevemente sobre un aspecto de su concepción de la justificación judicial: la escasa atención a la dimensión intersubjetiva del juicio jurisdiccional.

§149. *Las relaciones entre la objetividad interna y la intersubjetividad.* Una vez descartada la posibilidad de una de una justificación absoluta u objetiva de la decisión judicial que, como pretendía el fundacionalismo, estuviera anclada a un fundamento externo cuya evidencia no pudiera ser desconocida por ningún sujeto racional, la posibilidad del reconocimiento intersubjetivo de la corrección de la decisión judicial parece quedar entregada a la coincidencia entre el esquema conceptual del juez y el del público que evalúa su decisión.

En tanto el juez, las partes y el público son partícipes de una misma práctica y en tanto es el contenido de esa práctica lo que el esquema conceptual que respalda la decisión del juez pretende reconstruir interpretativamente, parece posible confiar en la convergencia de los juicios en algunos aspectos. Pero, como ya sabemos, los acuerdos básicos entorno al concepto de la práctica, sus límites aproximados y sus casos paradigmáticos, no excluyen, sino que posibilitan y dan sentido a los desacuerdos sustantivos acerca de lo que exige la práctica en otros casos. En estos casos controvertidos, en que discuten diversas versiones que pretenden ofrecer la mejor

³⁷⁷ Cfr. IGLESIAS VILA (243-246).

reconstrucción de la práctica, esos aspectos compartidos no garantizarán la disolución de la controversia, aunque sí la comunicabilidad de los argumentos y los juicios³⁷⁸.

A pesar de que la aproximación interpretativa al derecho busca dar sentido a los desacuerdos al interior de la práctica jurídica y ofrece, a través de la distinción entre concepto y concepción, una explicación de la posibilidad de comunicación en un contexto de controversias, en la caracterización que DWORKIN propone de la justificación judicial no hay huella de ese contexto controversial, no hay rastro de los otros con que el juez comparte la empresa colectiva del derecho.

Esa concepción de la justificación judicial enfatiza el papel de las convicciones personales, destaca como la verdad no puede ser sino “verdad para nosotros”³⁷⁹, fruto de la “inspección reflexiva” de la solidez de nuestras creencias a través de una “conversación con nosotros mismos”³⁸⁰. Pero, ¿no habrá ningún lugar que asignar en la justificación a la perspectiva y las convicciones de los otros participantes, que esperan del juez una decisión justificable?, ¿qué es lo que distinguiría, desde la perspectiva de los otros participantes, a una decisión “internamente objetiva” de una decisión arbitraria?. Se trata, en mi opinión, de preguntas que esperan una respuesta una vez que descartamos la posibilidad de una justificación absoluta u objetiva. Dworkin no les brinda, sin embargo, particular atención y nos deja enfrentados más bien a la imagen hercúlea de un juez solo en el Olimpo de su conciencia³⁸¹. Como veremos en la siguiente sección, esas preguntas han sido centrales, en cambio, en la aproximación de las teorías de la argumentación jurídica al problema de la justificación judicial.

³⁷⁸ Cfr. DWORKIN (1985:170-171).

³⁷⁹ IGLESIAS VILA (1999:271).

³⁸⁰ Respectivamente, DWORKIN (1985:172) y (1986:58). Véase también la caracterización que nuestro autor propone de la “actitud protestante” que a su juicio define al imperio del derecho: “Es una actitud interpretativa, auto-reflexiva, dirigida a la política en el sentido más amplio. Es una actitud protestante, que hace a cada ciudadano responsable de imaginar cuáles son los compromisos públicos de principio de su sociedad y qué exigen esos compromisos en nuevas circunstancias” (DWORKIN, 1986:413).

³⁸¹ Otros autores que han puesto de relieve, críticamente, el carácter “monológico” de la concepción dworkiniana de la justificación judicial son MICHELMAN (1986:76), HABERMAS (1992:293-297) y PATTERSON (1996:97-98).

10.5. La justificación racional de las decisiones judiciales: la aportación de las teorías de la argumentación jurídica

§150. *Justificación jurídica y racionalidad práctica.* Los teóricos del derecho que, tras la revuelta antiformalista, comenzaron a ocuparse del análisis de las prácticas de argumentación jurídica, han coincidido con DWORKIN en rechazar que las nociones de verdad, de corrección y de justificación ligadas al realismo científico sean apropiadas para la comprensión de la argumentación jurídica. Su rechazo no se ha fundado sin embargo en la tesis de la insuficiencia general de esa postura epistémica –como parece ocurrir en el caso del primer autor³⁸²-, sino en la afirmación de la singularidad de la racionalidad práctica, que haría inaplicables en ese ámbito las nociones de verdad y corrección ligadas a la racionalidad científica³⁸³.

En términos generales el desafío que los autores interesados en la argumentación jurídica han asumido es el de intentar mostrar como el reconocimiento de esa singularidad no significa un abandono del razonamiento práctico –y del razonamiento jurídico entendido como una forma especial de razonamiento práctico-³⁸⁴ al subjetivismo y la arbitrariedad. Sus esfuerzos se han dirigido a que explicar en qué sentido ese razonamiento puede ser racional y, específicamente, a dar contenido en el ámbito del razonamiento jurídico a la idea de justificación racional de una tesis o una decisión jurídica. Esta apelación a la racionalidad propia de los discursos prácticos pretende mostrar que en este ámbito los juicios pueden aspirar, si no a la objetividad distintiva de los discursos científicos, sí al menos a la aceptabilidad intersubjetiva. De este modo, mientras la reconstrucción que DWORKIN proponía de las nociones de corrección y justificación jurídica se centraba en la afirmación de límites internos a la deliberación judicial, las teorías de la argumentación prestan especial atención, en cambio, a la dimensión intersubjetiva de la justificación jurídica.

³⁸² Vid. *supra* nota 362.

³⁸³ Cfr. PERELMAN (1976:15-16, 131ss.), ALEXI (1978:175-177 y 294), MACCORMICK (1978:1-8, 259), AARNIO, ALEXI y PECZENIK (1981:434-437), AARNIO (1987:60, 241), VILLA (1988:574-579), PECZENIK (1989:44-46 y 177-187).

³⁸⁴ La caracterización del razonamiento jurídico como una forma especial de razonamiento práctico no está exenta de controversias, pues, como ha puesto acertadamente de relieve GARCÍA FIGUEROA (1999a), hay diversos modos de entender esa conexión. Por ahora es suficiente entender esa caracterización como una referencia, por una parte, al hecho que el razonamiento jurídico versa sobre cuestiones prácticas -esto es sobre lo que debe o puede ser hecho en una cierta situación o clase de situaciones- y, por otra parte, a la aplicabilidad a ese razonamiento de las condiciones de racionalidad del razonamiento práctico.

Aunque son muchos los autores que han hecho aportaciones significativas al estudio de la argumentación jurídica, concentraremos nuestra atención en los trabajos, tendencialmente convergentes, de A. AARNIO, R. ALEXY, N. MACCORMICK y A. PECZENIK, quienes, al decir de Manuel ATIENZA, configuran la actual “teoría estándar de la argumentación jurídica” (1990b:39 y 1991:235)³⁸⁵. Sin perjuicio de sus diferencias, sus planteamientos coinciden en torno al núcleo básico de una concepción de la justificabilidad racional de una decisión jurídica, que impone al razonamiento jurídico las condiciones de racionalidad aplicables a toda forma de razonamiento práctico. Ese modelo comprende tres niveles analíticamente distinguibles de condiciones de racionalidad: racionalidad lógica, racionalidad substancial y racionalidad discursiva³⁸⁶. En los próximos párrafos consideraremos cuáles son las exigencias que cada uno de ellos pone a la justificabilidad de las decisiones judiciales.

§151. *La racionalidad lógica y la justificación interna de la decisión judicial.* El primer nivel de racionalidad requiere que la decisión judicial pueda ser presentada como la conclusión formalmente válida de un conjunto de premisas lógicamente consistentes. La forma lógica básica que se considera apropiada tratándose de la justificación de un enunciado normativo particular –la clase de conclusión en que consisten las decisiones judiciales– es la inferencia deductiva a partir de un enunciado normativo general. En este sentido, la racionalidad lógica está ligada a la exigencia de universalidad de la decisión. Esta última exigencia es, a juicio de los autores que consideramos, expresión del principio de justicia formal, que requiere tratar de la

³⁸⁵ Se podría decir que estos autores son representativos de la segunda generación de teóricos de la argumentación jurídica. Sus contribuciones se apoyan, por cierto, sobre los hombros de la primera generación y especialmente de Ch. PERELMAN y T. VIEHWEG, a cuyas obras no podremos referirnos, sin embargo, sino marginalmente. Para un examen general del desarrollo histórico de las teorías de la argumentación jurídica, así como una síntesis de las aportaciones de los autores más significativos pueden verse ALEXY (1978), GARCÍA AMADO (1986) y ATIENZA (1991).

³⁸⁶ Esta distinción de tres niveles de racionalidad –*L-rationality*, *S-rationality* y *D-rationality*– se encuentra explícitamente formulada en PECZENIK (1989:55-57, 197ss.), quien los presenta como grados progresivos de racionalidad, de modo que la racionalidad substancial comprende la racionalidad lógica, y la racionalidad discursiva a las dos anteriores. Cfr. también AARNIO (1987:247). Aún cuando las aportaciones de MACCORMICK se refieren, según veremos, a los dos primeros niveles de racionalidad, el teórico escocés ha manifestado recientemente su adhesión a la concepción de la racionalidad práctica desarrollada por HABERMAS y ALEXY (cfr. MACCORMICK, 1994:xvi y 1999:13ss.), que, como se sabe, se centra precisamente en el nivel de la racionalidad discursiva.

misma manera a las personas que pertenecen a una misma categoría, y constituye un rasgo definitorio de la justificación de cualquier decisión que afecte a terceros³⁸⁷.

Los dos requerimientos mencionados, consistencia lógica e universalización, configuran lo que la teoría estándar de la argumentación jurídica suele denominar, siguiendo la terminología acuñada por WROBLEWSKI, *justificación interna* de la decisión judicial³⁸⁸. De acuerdo a la caracterización propuesta por ALEXY (1978:214-222), este nivel de justificación comprende las siguientes reglas o criterios de justificabilidad:

1. “Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal” (1978:215).
2. “La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones” (1978:215).
3. “Siempre que exista duda sobre si a [un caso individual] es un T [predicado que configura el supuesto de hecho establecido por una norma] o un Mi [caracterización alternativa], hay que aducir una regla que decida la cuestión” (1978:219)³⁸⁹.

La última de las reglas citadas muestra que el modelo de la justificación interna no sólo hace referencia al silogismo judicial como estructura básica de la justificación, sino que extiende también la exigencia de universalización a los pasos interpretativos necesarios para la justificación de la calificación jurídica del caso particular o de la construcción de la premisa normativa³⁹⁰. Ese requerimiento también es relevante, en consecuencia, cuando está en juego la *justificación externa*, esto es la justificación de las premisas del argumento deductivo que justifica la decisión judicial.

³⁸⁷ Cfr. ALEXY (1978:187, 215 y 275), así como, en la misma obra (1978:79ss.), el análisis de la contribución de HARE (*El lenguaje de la moral*, trad. cast. de G. Carrió y E. Rabossi, Universidad Autónoma de México, México DF, 1975 [1952]) a la formulación del principio de universalización. Cfr. también MACCORMICK (1978: 72 y 75ss.) y PECZENIK (203-4).

³⁸⁸ Cfr. WROBLEWSKI (1974:39ss.) y (1979:49-50), ALEXY (1978:214ss.), AARNIO, ALEXY y PECZENIK (1981:275-276) y AARNIO (1987:166-168). MACCORMICK emplea el concepto análogo de “justificación deductiva” (1978:19ss., especialmente 72) y, como indicábamos en la nota anterior, se refiere también a la universalización como criterio de justificabilidad.

³⁸⁹ ALEXY agrega otras dos reglas: “Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible” y “Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo” (1978:220). En la medida que ellas dicen relación con el contexto discursivo en que tiene lugar la justificación de una decisión jurídica nos referiremos a ellas al considerar el último de los niveles de racionalidad que hemos distinguido.

³⁹⁰ Cfr. también ALEXY (1978:239 y 271).

En este sentido, la justificación interna y la justificación externa se encuentran, como explica AARNIO (1987:171), “recíprocamente interrelacionadas”, de modo que la justificación externa equivale a la adición de nuevos argumentos silogísticos que tienen como conclusión una premisa problemática en un nivel anterior de la cadena argumentativa. Así, por ejemplo, podría ocurrir que la justificación de la decisión judicial en el caso de un sujeto que mató a otro mientras dormía plantee la pregunta por la corrección de la premisa que califica esa muerte como alevosa; dar respuesta a esa pregunta significa justificar externamente esa premisa y esa justificación tendrá que asumir a su vez, en virtud del principio de universalización, la forma de una inferencia deductiva; la premisa en cuestión en nuestro ejemplo podría justificarse, entonces, a partir de una regla para el uso de la expresión alevoso que establezca que actúa alevosamente quien se aprovecha de la indefensión de su víctima y de otra premisa que establezca que encontrarse dormido constituye un caso de indefensión (respecto de estas premisas podría plantearse, a su vez, la pregunta por su justificación)³⁹¹. De este modo, el conjunto de los argumentos que dan soporte a la calificación jurídica del caso o a la premisa normativa de la justificación debería poder ser reconstruido como un “árbol silogístico”, constituido por varias cadenas de inferencias lógicamente consistentes³⁹².

En síntesis, entonces, la justificabilidad de una decisión judicial dependerá, en el nivel de la justificación interna, de la consistencia lógica y de la universalidad de las razones que pueden sostenerla. No es insignificante concluir que en todo caso “una respuesta justificada a la cuestión particular exige una respuesta a la cuestión

³⁹¹ Cfr. una explicación detallada de este ejemplo en ALEXY (1978:216-218). Aunque ALEXY presenta estas reglas para el uso de las expresiones como premisas del argumento que representa la estructura básica de la justificación judicial, indica (1978:219, nota 41) que ellas pueden considerarse también como parte de la justificación de la premisa menor (o bien como justificaciones de la premisa mayor si se presenta como tal la norma más concreta que, en nuestro ejemplo, establecería que el que mate a otro mientras duerme debe ser sancionado con la pena P). A mi juicio la caracterización que AARNIO presenta de la distinción entre justificación interna y externa –en que ésta última es concebida como justificación de segundo nivel respecto de un argumento anterior– resulta más clara que la explicación dada por ALEXY –que parece identificar a la justificación interna con el argumento deductivo que constituye la estructura básica de la justificación de la decisión judicial y a la justificación externa con la justificación de las premisas que forman parte del *silogismo de subsunción*–, porque la primera establece sin ambigüedad la aplicabilidad de las exigencias de consistencia lógica y universalización a todo argumento presente en cualquier nivel de justificación. Esta no es el único sentido en que la distinción entre justificación interna y justificación externa es ambigua.

³⁹² Cfr. AARNIO (1987:169-170), (1990:29-30) y (1997:198-201). Vid. también COMANDUCCI (1999b:69-70) y (1999c:99-100)

universal” (MACCORMICK, 1978:81) y requerir del juez la universalización de sus criterios de decisión, pero tampoco avanzamos mucho si no contamos con patrones para evaluar esos criterios. La cuestión fundamental sigue siendo, en otras palabras, la de la justificabilidad de las premisas de la decisión. A ella remite el siguiente nivel de racionalidad relevante en la justificación de una decisión judicial.

§152. *La racionalidad substancial y la justificación externa de las decisiones judiciales.* Además de ser internamente justificables, las decisiones judiciales también deben ser, de acuerdo al modelo de justificación racional que estamos analizando, *externamente justificables*³⁹³. Este segundo nivel de justificabilidad refiere a la calidad de las premisas de las que puede seguirse lógicamente la decisión judicial y pone en juego la pregunta por su racionalidad substancial.

En términos generales la racionalidad substancial de una conclusión práctica depende de la razonabilidad del conjunto de premisas de las que se sigue lógicamente y es -de acuerdo a la postura epistémica que sostienen, respecto de los discursos prácticos, los autores que consideramos- función de su grado de coherencia³⁹⁴. Ella presenta, con todo, ciertas características peculiares en el caso del razonamiento jurídico, que reflejan su especialidad como forma de razonamiento práctico. Básicamente, como explica PECZENIK, el razonamiento jurídico encuentra apoyo “en un conjunto más extenso de premisas razonables que el razonamiento moral puro”, entre las que se incluyen “numerosos enunciados acerca de la legislación, de otras fuentes de derecho socialmente establecidas y de ciertas normas tradicionales de razonamiento” (1989:119).

Dos son las razones de la especialidad del razonamiento jurídico, ambas vinculadas al contexto institucionalizado en que éste se desenvuelve. En primer término, mientras en el caso del razonamiento práctico puro sólo las razones sustantivas cuentan como premisas eventualmente razonables de una conclusión, en el razonamiento jurídico, en cambio, ocupan un lugar destacado las razones autoritativas, cuya fuerza justificativa emana de la autoridad reconocida a su fuente³⁹⁵. Por otra parte, en cualquier comunidad jurídica es posible identificar un conjunto de premisas y de

³⁹³ Cfr. Cfr. WROBLEWSKI (1974:39ss.) y (1979:49-50), ALEXY (1978:222ss.), AARNIO, ALEXY y PECZENIK (1981:277-278) y AARNIO (1987:168-170). MACCORMICK emplea el concepto análogo de “justificación de segundo grado” (1978:100ss.).

³⁹⁴ Cfr. PECZENIK (1989:57 y 158ss.), ALEXY y PECZENIK (1990) y AARNIO (1997:198-201).

³⁹⁵ Cfr. MACCORMICK (1993:18-19). Con respecto a la distinción entre razones sustantivas y razones autoritativas pueden verse también las contribuciones de R. SUMMERS (1978).

normas de razonamiento aceptadas por los partícipes en la práctica jurídica, que configuran una tradición establecida de razonamiento o “paradigma jurídico”³⁹⁶.

El razonamiento jurídico cuenta, entonces, con una mayor “fijeza” de sus premisas, si lo comparamos con el razonamiento moral³⁹⁷. Precisamente esa fijeza y la mayor predictibilidad que genera constituyen, a juicio de los autores de los que nos ocupamos, exigencias de la racionalidad práctica general que justifican la existencia de las instituciones y el razonamiento jurídico³⁹⁸. Como decíamos, de acuerdo a las teorías estándar de la argumentación jurídica, la fijeza de las premisas del razonamiento jurídico se debe no sólo al reconocimiento, en un sistema jurídico, de ciertas fuentes normativas autoritativas, sino en términos más generales a la existencia de tradiciones asentadas de razonamiento, que AARNIO y PECZENIK designan con la expresión “paradigmas jurídicos”³⁹⁹.

Un paradigma está conformado por diversos presupuestos compartidos por una comunidad de juristas, que los teóricos del derecho citados ordenan en las siguientes cuatro clases⁴⁰⁰:

(a) En primer lugar, un paradigma jurídico comprende un conjunto de presupuestos filosóficos acerca de las bases del razonamiento jurídico, esto es, acerca del derecho válido.

(b) En segundo lugar, comprende también suposiciones concernientes a las fuentes del derecho. Esta expresión puede ser entendida en sentido amplio como “toda razón que –de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria”⁴⁰¹, o bien en sentido restringido, designando en este caso sólo a la clase de las razones autoritativas (caso en que los argumentos sustantivos aceptados como razones justificativas se considerarán parte de la siguiente clase de presupuestos compartidos en la práctica, a la que enseguida nos

³⁹⁶ Cfr. AARNIO (1987:51ss.) y PECZENICK (1989:138ss.).

³⁹⁷ Cfr. PECZENIK (1989:119-120).

³⁹⁸ Cfr. ALEXY (1978:273-274) y (1988b:30-33), PECZENIK (1989:119-120), MACCORMICK (1989:188-189).

³⁹⁹ *Supra* nota 396. La noción de “paradigma” o “matriz disciplinaria” es, como se sabe, una idea central en la filosofía postpositivista de la ciencia de KUHN (1962).

⁴⁰⁰ Cfr. AARNIO (1987:52-54) y PECZENIK (1989:142-143).

⁴⁰¹ AARNIO (1987:123). El antecedente de esta forma de entender la noción de “fuentes del derecho” se encuentra, como se recordará, en la teoría de Alf Ross (*supra* §72).

referiremos)⁴⁰². Entre estas últimas, por otra parte, no todas serán por regla general, en la comunidad jurídica de referencia, obligatorias en la misma medida, de modo que un paradigma jurídico comprenderá también una categorización de las fuentes del derecho en fuentes obligatorias en sentido fuerte (*must sources*) –cuya omisión por el juez podría generar, si es intencional o gravemente negligente, responsabilidades por incumplimiento de deberes institucionales-, fuentes obligatorias en sentido débil (*should sources*) –cuya exigibilidad está ligada a las expectativas de racionalidad en el procedimiento de decisión judicial y cuya omisión supone el riesgo de revocación de la decisión por una instancia superior- y fuentes permisibles del derecho (*may sources*)⁴⁰³.

(c) Un tercer conjunto de presupuestos que integra un paradigma jurídico comprende las normas metodológicas del razonamiento justificativo de enunciados normativos e interpretativos⁴⁰⁴. Así, toda práctica jurídica supone ciertas normas constitutivas de las fuentes del derecho y de las demás formas de argumentos aceptadas, que determinan su fuerza justificativa, sus relaciones de preferencia *prima facie* y las cargas de argumentación para alterarlas. A ellas se suman las normas que regulan el procedimiento argumentativo, determinando las condiciones y criterios, por ejemplo, de la interpretación gramatical, la interpretación sistemática, la interpretación restrictiva, la interpretación extensiva, las conclusiones por analogía y las *a contrario*.

(d) Por último, un paradigma jurídico comprende también suposiciones compartidas acerca de los valores relevantes en la interpretación jurídica y, especialmente, acerca de la certeza jurídica y la justicia⁴⁰⁵.

Este conjunto de premisas y formas de argumentos que se dan por supuestas, en la comunidad de juristas, como razones aceptables para la justificación externa de las premisas normativas del silogismo de subsunción, determina entonces la especialidad del razonamiento jurídico. A partir de esas razones las premisas de la conclusión

⁴⁰² Cfr. PECZENIK (1989:318). La preferencia de este autor por el sentido restringido de la noción de fuente parece tener relación con el vínculo conceptual que establece entre el carácter jurídico de una práctica de razonamiento y la referencia a razones autoritativas (cfr. 1989:317).

⁴⁰³ Cfr. AARNIO (1987:134ss.) y PECZENIK (1989:319ss.). Notables ejemplos de reconstrucción y análisis comparado del conjunto de supuestos subyacentes a las prácticas de argumentación de un significativo conjunto de sistemas jurídicos pueden encontrarse en dos recientes trabajos colectivos, relativos, respectivamente, a la interpretación de la ley y a la interpretación de los precedentes: MACCORMICK y SUMMERS (1991) y MACCORMICK y SUMMER (1997).

⁴⁰⁴ Cfr. ALEXI (1978:223ss.), AARNIO (1987:141ss.) y PECZENICK (1989:372ss.).

⁴⁰⁵ Cfr. AARNIO (1987:26-28 y 53-53) y PECZENIK (1989:31ss. y 143).

judicial –y, por consiguiente, si se dan las condiciones de la racionalidad lógica, también esta última- podrían considerarse entonces suficientemente justificadas. Sin embargo, aún siendo, en este sentido, “ciertas”, las razones aceptables para la justificación externa podrían ser derrotadas –de acuerdo a las normas sobre preferencia *prima facie* y sobre carga de la argumentación que forman parte del paradigma jurídico- por otros argumentos igualmente aceptables. Es por eso que la suficiencia de la justificación externa no puede depender solamente de la aceptabilidad, en el contexto del paradigma jurídico, de sus puntos de partida, sino también de la ponderación (*weighing and balance*) del conjunto de argumentos y contrargumentos relevantes en el caso.

Esta última observación apunta a precisar que la mayor firmeza de las premisas del razonamiento jurídico no excluye su carácter “argumentable”, esto es, el que ellas puedan ser eventualmente derrotadas por otros argumentos lo suficientemente fuertes⁴⁰⁶. Así, por ejemplo, si se invoca como premisa una disposición legal formalmente válida podría discutirse –en las prácticas jurídicas que los teóricos de la argumentación que analizamos toman como referentes- su validez sustantiva⁴⁰⁷, o su interpretación (la norma que a partir de ella se formula), o su aplicabilidad al caso⁴⁰⁸, o

⁴⁰⁶ MACCORMICK caracteriza este rasgo del razonamiento jurídico de modo muy expresivo: “los procesos jurídicos se despliegan a lo largo de una cadena de certezas putativas que resultan rebatibles en cada punto” (1999:19).

⁴⁰⁷ La posibilidad de discutir la validez sustantiva de una norma se afirma como cuestión interpretativa de las normas sobre control de constitucionalidad y de las prácticas de argumentación propias de las democracias constitucionales (que, al menos en Alemania han admitido excepcionalmente la invalidación de normas “extremadamente injustas” pero jurídicamente legítimas al tiempo de su dictación). ALEXI y PECZENIK parecen aprobar además como racionalmente justificado –pasando del nivel de la justificación suficiente en el marco de un paradigma, al nivel de la “justificación profunda” (como la llama el segundo autor, cfr. PECZENIK, 1989:157) referida al contenido del paradigma- ese último aspecto de esas prácticas, que conecta validez jurídica y validez moral (cfr. ALEXI, 1994:81ss. Y PECZENIK, 1989:238ss.). Con todo la tesis del caso especial genera cierta ambigüedad y parece a veces suponer una subordinación conceptual del derecho a la moral (sobre el punto cfr. HABERMAS, 1992:305ss. Y GARCÍA FIGUEROA, 1999a).

⁴⁰⁸ También en este caso está en juego, por cierto, la interpretación de la disposición legal en cuestión (vid. *supra* nota 275). Como explica MACCORMICK (1978:95ss.) si bien no hay diferencia lógica entre los “problemas de clasificación” –si el caso concreto es subsumible en el supuesto genérico previsto por la norma- y los “problemas de interpretación”, en algunos contextos jurídicos no es indiferente plantear una cuestión bajo uno u otro rótulo. Las diferentes consecuencias tienen que ver con la limitación en la competencia de algunos tribunales de apelación y de los tribunales de casación para conocer de cuestiones de hecho entre las que se incluye la calificación jurídica.

su adecuación en concreto (la justificabilidad de la construcción de una excepción)⁴⁰⁹. En el caso que alguno de estos aspectos sea razonablemente discutido, la evaluación de la fuerza relativa de los argumentos será una cuestión de grado, que deberá juzgarse en concreto⁴¹⁰.

Es por eso que, como explica AARNIO, en los casos difíciles ninguna cadena silogística de la que se siga una conclusión interpretativa constituye por sí sola una justificación suficiente de la misma y, “el factor decisivo es la totalidad de los argumentos” (1997:199)⁴¹¹. En este sentido, como precisa el mismo autor, “la justificación externa es *no-deductiva*” y se parece más bien a la construcción de un rompecabezas del que no se conoce, sin embargo, con anterioridad, la figura que representa, pues “en el razonamiento jurídico ‘la figura’ se desarrolla todo el tiempo *durante el juego* y nadie sabe anticipadamente cual será la totalidad ‘adecuada’ de argumentos” (AARNIO, 1997:199)⁴¹².

⁴⁰⁹ Esta última posibilidad nos remite al problema de la derrotabilidad de las reglas jurídicas. Las condiciones en que ella sea admitida dependerán desde esta perspectiva de las prácticas interpretativas de cada comunidad. Las circunstancias que en ciertas prácticas suelen valer como razones contra la aplicación de una regla son la existencia de ciertos aspectos del caso relevantes a la luz de algún principio que no fueron considerados por el legislador o bien el que la aplicación de la regla en ese caso resulte contrapuesta a los propósitos que cabe razonablemente atribuirle (cfr. HAGE y PECZENIK, 2000).

⁴¹⁰ Las normas de razonamiento que integren el paradigma jurídico señalarán órdenes de prelación *prima facie* entre las clases de razones y cargas de argumentación –así, por ejemplo, es usual en las prácticas argumentativas de las democracias constitucionales que se reconozca prioridad *prima facie* a los argumentos interpretativos gramaticales y se asigne la carga de argumentación a quien pretenda sostener una conclusión interpretativa alejada del sentido literal de las disposiciones aplicables (cfr. MACCORMICK, 1993:26, y ALEXY, 1978:238). Pero en la medida que no se trata de jerarquías absolutas –en la medida, como dice AARNIO (1987:153), que esas normas metodológicas no forman un “sistema cerrado”- ellas no pueden garantizar la seguridad de una conclusión (en el mismo sentido, ALEXY, 1978:235, 240).

⁴¹¹ Es interesante notar que lo que hace “difícil” un caso es, desde la perspectiva de los teóricos de la argumentación que estamos analizando, la existencia de controversia razonable en torno a alguna premisa de la decisión. Como explica MACCORMICK, “no hay una clara línea divisoria entre los casos claros y los casos difíciles” (1978:197) y los casos que han resultado ser fáciles son aquellos en los que, alternativamente, “a) ninguna duda acerca de la interpretación de la regla o la clasificación de los hechos podría razonablemente haberse planteado; o b) nadie llegó a plantear y argumentar un punto que en verdad era argumentable; o c) se ha intentado un argumento pero ha sido desechado por el tribunal como artificial o forzado” (1978:199). Cfr. también PECZENIK (1989:153-154).

⁴¹² PECZENIK habla en estos casos, en los que la justificación se apoya en premisas controvertibles aunque razonables, de un “salto” (*jump*) de las premisas a la conclusión (PECZENIK, 1989:128-131 y 153-154). Vid. también MACCORMICK (1999:6-7). Una crítica de esta tesis y una defensa de la posibilidad de

La medida última de racionalidad (substantial) en la evaluación de la justificabilidad externa de una decisión judicial es, a juicio de los autores que consideramos, como en todo juicio práctico, la coherencia del conjunto relevante de argumentos, reglas de prioridad y cargas de argumentación⁴¹³.

La concepción de la racionalidad práctica general en que esta tesis se apoya considera que las cuestiones prácticas pueden enfrentarse no sólo sobre la base de sentimientos y emociones sino también a través de juicios argumentados, que intenten mostrar el ajuste de las propias opiniones con un sistema normativo o de valores que resulte lo más coherente posible. Sólo este tipo de soporte para los juicios prácticos – que requiere tanto la universalidad cuanto el máximo grado posible de generalidad de los principios prácticos⁴¹⁴- puede garantizar, como explican ALEXY y PECZENIK, la justicia formal:

“Para clarificar la contribución de la coherencia a la racionalidad práctica, se puede considerar la diferencia entre una justificación jurídica que se apoya [*is supported*] en un sistema asaz coherente y una justificación que no tiene esa clase de apoyo. Una justificación jurídica que ni explícita ni implícitamente refiera a un sistema es una justificación *ad hoc*. No siendo ni universal ni general, no satisfará exigencias básicas de justicia” (ALEXY y PECZENIK, 1990:143).

De acuerdo a esta concepción de la racionalidad práctica la justificabilidad externa de una decisión judicial dependerá, como decíamos, de su apoyo en una composición coherente de argumentos⁴¹⁵. Esta misma concepción ofrece, por otra

reconstruir la justificación externa como inferencia deductiva puede verse en MORESO, NAVARRO y REDONDO (1992:259-260).

⁴¹³ Cfr. PECZENIK (1989:158ss.), AARNIO (1987:259, 1997:200-201), ALEXY y PECZENIK (1990) y MACCORMICK (1999:14-15).

⁴¹⁴ Cfr. MACCORMICK (1984:347).

⁴¹⁵ ALEXY y PECZENIK (1990) desarrollan una serie de “criterios de coherencia” para intentar dar mayor precisión a ese vaporoso concepto, de modo que el grado de perfección o solidez de una teoría (o conjunto de argumentos) dependerá del grado en que resulten satisfechos los siguientes criterios (que me limitaré a enunciar con fines ilustrativos): “(1) El mayor número posible de proposiciones asentadas [*supported*] pertenecen a la teoría en cuestión; (2) las cadenas de argumentos lo más extensas posibles pertenecen a ella; (3) el mayor número de proposiciones fuertemente asentadas pertenecen a la teoría; (4) el mayor número de conexiones entre las cadenas justificativas [*supportive*] pertenecen a ella; (5) el mayor número posible de relaciones de preferencia entre varios principios pertenecen a ella; (6) el mayor número posible y la mayor complejidad de las relaciones justificativas recíprocas entre las varias proposiciones pertenecen a ella; (7) el mayor número de proposiciones universales pertenecen a la teoría; el mayor número de conceptos generales pertenecen a la teoría; el mayor grado de generalidad de los conceptos

parte, fundamento a la fuerza justificativa que suelen presentar, en las prácticas jurídicas de las actuales democracias constitucionales, las diferentes formas de argumentos sistemáticos –como los argumentos a partir de principios generales del derecho, los argumentos por analogía, o los argumentos a partir de precedentes⁴¹⁶. Pues en la medida en que estos argumentos exhiben el ajuste de una conclusión interpretativa (o de una regla de prioridad o de un criterio relevante en la ponderación) en una totalidad homogénea, ellos realizan el ideal racional de un soporte coherente para los juicios prácticos.

Aun cuando la racionalidad práctica requiere, desde esta perspectiva, que el ordenamiento jurídico y en general el paradigma jurídico de una cierta comunidad sean interpretados, en cuanto sea posible, como un sistema coherente⁴¹⁷, la concepción de la justificación externa que estamos analizando no parece requerir –a diferencia de la concepción de DWORKIN- la construcción en todo caso controvertido de una teoría comprensiva de la práctica jurídica⁴¹⁸. El nivel apropiado de teorización parece resultar determinado, para la concepción que analizamos, por el propio juego de argumentación (específicamente, por la clase de argumentos sistemáticos que se esgriman), de modo que, aunque es posible, no es necesario que en todo caso se llegue a la mayor elevación y abstracción.

Al concluir este apartado dedicado a la justificabilidad externa de una decisión judicial, es importante destacar que el criterio de la coherencia de la composición de argumentos aceptables que justifican las premisas normativas o interpretativas de una decisión judicial no puede, de acuerdo a las teorías de la argumentación que consideramos, garantizar su corrección absoluta. No sólo porque la coherencia es una cuestión de grado y supone una pluralidad de criterios, de modo que puede ocurrir que un conjunto de argumentos resulte más coherente desde el punto de vista de un criterio y otro conjunto en cambio de el punto de vista de otro criterio⁴¹⁹; o porque no pueda

establecidos en ella; el mayor grado de semejanza de los conceptos utilizados en ella; (8) el mayor número posible de conexiones conceptuales cruzadas [*conceptual cross-connections*] entre varias teorías al interior de ellas; (9) el mayor número posible de casos son cubiertos por la teoría; y (10) el mayor número posible de campos de la vida son cubiertos por la teoría” (ALEXY y PECZENIK, 1990:144-145; cfr. también PECZENIK, 1989:160-177).

⁴¹⁶ Cfr. MACCORMICK (1978:106-107, 119ss., 152ss. y 251), MACCORMICK y SUMMERS (1991a:535-537) y MACCORMICK (1993:22-24).

⁴¹⁷ Cfr. MACCORMICK (1984:348) y (1993:24).

⁴¹⁸ Así lo sostiene HABERMAS (1992:301, nota 57) respecto de AARNIO.

⁴¹⁹ Cfr. PECZENIK (1989:82-84) y ALEXY y PECZENIK (1990:145 y 189-190). Vid. *supra* nota 415.

descartarse la posibilidad un juego diverso de argumentos, en que la ponderación de razones hubiera sido diferente. También porque la especialidad del razonamiento jurídico –su referencia a una racionalidad substancial relativa a un paradigma jurídico y a un sistema normativo institucional determinado- sólo desplaza provisionalmente la necesidad de recurrir a argumentos prácticos puros⁴²⁰, al no poder excluir que en un proceso argumentativo se pongan en juego, en ciertos casos, concepciones enfrentadas acerca de los valores subyacentes a nuestras instituciones jurídicas y políticas. En estos casos no es posible descartar que dos conjuntos de argumentos, apoyados en diferentes sistemas de valores, resulten igualmente coherentes⁴²¹.

Una vez que hemos llegado a los límites de la racionalidad substancial, la aceptabilidad racional de una decisión judicial no puede depender ya, en mayor medida, de la calidad de los argumentos. Sólo nos queda atender, como sugiere el próximo nivel de racionalidad, a la estructura del proceso de argumentación.

§153. *La racionalidad discursiva y la justificación externa de la decisión judicial como diálogo.* Como decíamos al comenzar esta sección, las teorías de la argumentación jurídica prestan especial atención a la dimensión intersubjetiva de la justificación jurídica. Allí señalábamos que mientras DWORKIN intentaba recuperar, de la idea clásica de corrección, el aspecto relativo a los límites internos a la deliberación, las teorías de la argumentación se concentran en el aspecto público y se preguntan como restaurar la pretendida universalidad ligada a la noción clásica de corrección. Esta orientación de las teorías que examinamos ha recibido el significativo influjo y aliento de la teoría del discurso práctico racional, desarrollada fundamentalmente a partir de los trabajos de Jürgen HABERMAS.

Una de las claves de esa teoría reside en la transformación de la pretendida universalidad ligada clásicamente a la idea de corrección de un enunciado normativo en pretensión de universalización, en la medida en que la corrección pasa a ser definida por referencia al acuerdo potencial de todos los demás⁴²². Desde esta perspectiva,

⁴²⁰ Es la certera expresión que utiliza ALEXY (1978:272).

⁴²¹ Cfr. AARNIO (1997:205-6).

⁴²² El consenso constituye también, en la teoría de HABERMAS, el criterio de verdad de las proposiciones descriptivas. Como explica el mismo autor, según ese criterio de verdad “yo sólo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que *podiera* entablar un diálogo conmigo, *atribuyera* al mismo objeto el mismo predicado. Para diferenciar las proposiciones verdaderas de las falsas tomo como referencia el enjuiciamiento de los demás con los que yo *podiera* entablar un diálogo (con lo que incluyo contrafácticamente a todos los interlocutores que yo podría encontrar si mi historia vital fuera coextensiva con la historia del género humano). La condición para la verdad de las proposiciones es el

entonces, una norma es correcta si todos *pueden* quererla, esto es, si sus consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo *pueden* ser aceptadas por todos⁴²³. No es, por cierto, cualquier consenso fácticamente alcanzado el que define la corrección de un enunciado normativo, sino el potencial asentimiento racional de todos los afectados, basado en la fuerza del mejor argumento. Su definición remite, por consiguiente, a un conjunto de condiciones procedimentales que aseguren la consideración de los intereses de todos los posibles afectados así como la competencia sin coerción en torno a los mejores argumentos⁴²⁴. El núcleo de la contribución de la teoría discursiva reside, de este modo, en la determinación de las condiciones procedimentales de la aceptabilidad racional de un enunciado normativo.

Esta aportación ofrece, como explica ALEXY (1978:176-7), una salida al dilema que plantea la fundamentación de los enunciados prácticos cuando se descartan las posturas metaéticas intuicionistas y naturalistas y que consiste en la disyuntiva entre un regreso al infinito en la cadena de fundamentaciones y su interrupción arbitraria en algún punto, a través de una decisión que podría explicarse psicológica o sociológicamente, pero no ya justificarse. La solución que ofrece la teoría del discurso práctico racional –y que le permite apartarse del emotivismo y el subjetivismo éticos, dando sentido a la pretensión de corrección que erige quien formula un juicio de valor o un juicio de deber- consiste en sustituir la exigencia de fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición, por una serie de exigencias relativas a la actividad de fundamentación, cuyo cumplimiento permite caracterizar al resultado de la discusión como racional. Estas exigencias comprenden las de racionalidad lógica y las de racionalidad sustancial o coherencia a las que ya nos hemos referido, pero añaden además una serie de requerimientos pragmáticos, relativos al comportamiento de los hablantes. Son estas últimas las que concentrarán nuestra atención en este apartado, a fin de considerar qué condiciones adicionales ponen a la justificabilidad de una decisión judicial.

acuerdo potencial de *todos* los demás” (J. HABERMAS, “Vorbereitende Bemerkung zu einer theorie der kommunikativen kompetenz”, en HABERMAS y LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1971, p. 124; cit. por ALEXY, 1978:111).

⁴²³ Cfr. ALEXY (1978:123).

⁴²⁴ Como explica HABERMAS, “(...) la cuestión de si determinadas normas y valores podrían alcanzar el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados, es algo que sólo cabe enjuiciar desde una perspectiva intersubjetivamente ampliada de primera persona en plural, que asuma en sí sin coerciones y sin recortes las perspectivas de la comprensión que de sí y del mundo tienen todos los participantes. Para tal asunción ideal de rol, practicada en común y generalizada, ofrécese la práctica de la argumentación” (1992:300).

En primer lugar hay que decir que las condiciones pragmáticas de la justificación están ligadas a la estructura comunicativa del discurso práctico racional, esto es, al hecho que éste supone el intercambio de argumentos entre distintas personas⁴²⁵. Esas condiciones incluyen tiempo ilimitado para argumentar, derechos iguales para todos de acceder a la argumentación y de participar libremente en ella, así como la exclusión de cualquier forma de coerción interna o externa al discurso⁴²⁶. A ellas cabe agregar ciertas condiciones relativas a las cargas de argumentación que ALEXY formula en forma de las siguientes reglas (1978:191-193):

- (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.
- (3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.
- (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

No es fácil traducir estas exigencias al ámbito de la decisión judicial para determinar qué condiciones específicas (adicionales a las que ya hemos considerado a

⁴²⁵ Dice ALEXY (1994b:141) que “hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y, segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”. Si no es posible realizar el procedimiento, quien se pregunta si un enunciado normativo podría ser su resultado debiera realizarlo mentalmente, considerando hipótesis sobre los argumentos y el comportamiento argumentativo de los virtuales participantes (cfr. ALEXY, 1981:53).

⁴²⁶ ALEXY formula estas condiciones en forma de las siguientes reglas, que denomina “reglas de razón” (1978:187-190 y 283):

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

- (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- (2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso.

propósito de la justificación interna y la justificación externa) pone la racionalidad discursiva a su justificabilidad. Si analizamos, por ejemplo, la propuesta de ALEXY (1978:205ss.) que identifica un conjunto de reglas del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general, nos daremos cuenta que la mayor parte de ellas hace referencia a la estructura de los argumentos, quedando incluidas en los niveles de racionalidad que antes hemos analizado, y que, por otra parte, esas reglas no consideran la dimensión institucional y propiamente procedimental de la justificación judicial⁴²⁷.

Parece por eso preferible tomar como punto de partida una interpretación general de las exigencias de la racionalidad discursiva, según la cual una decisión judicial se tendría que considerarse justificada si constituye el resultado de un procedimiento argumentativo que se aproxime en el mayor grado posible a la situación ideal de deliberación. Al momento de precisar qué condiciones debería satisfacer el procedimiento judicial y el proceso argumentativo que se desarrolla en ese marco institucional para aproximarse en la mayor medida posible al ideal discursivo, nos encontramos, sin embargo, con varias dificultades.

En primer lugar la proximidad sólo podrá ser, en cualquier caso, limitada, no sólo porque la deliberación tendrá lugar siempre bajo condiciones reales de tiempo escaso y conocimiento incompleto, sino sobre todo porque el final del proceso judicial – dejando de lado los casos de posibles soluciones alternativas de controversias a través de conciliación o mediación que se prevén en ciertas clases de procesos judiciales- no es el acuerdo de los afectados, sino la decisión autoritativa del juez. La figura del juez resulta, en este sentido, una anomalía desde el punto de vista del modelo discursivo. Esta anomalía es, sin embargo, distintiva de los procedimientos jurídicos, en la medida que responden a necesidades fácticas de regulación -en el caso del procedimiento judicial, necesidad de resolución autoritativa de controversias- y debería llevar a concluir no la inutilidad, sino la necesidad de especificación del principio del discurso cuando se trata de referirlo a procedimientos jurídicos institucionalizados⁴²⁸.

⁴²⁷ En este sentido ALEXY parece asumir, sin considerar críticamente, la estructura procedimental determinada legalmente. Cfr. en este sentido ATIENZA (1991:231).

⁴²⁸ Cfr. en relación a la especificación del principio del discurso para el ámbito de las normas jurídicas, HABERMAS (1992:306-7). Al evitar que los discursos especializados en la fundamentación y la aplicación de normas jurídicas hayan de ser entendidos *a posteriori* como casos especiales de los discursos morales de fundamentación y aplicación, esta tesis elude también, por otra parte, como explica el mismo autor (1992:305-6), las ambigüedades que presenta la tesis del caso especial en relación a la posible subordinación del derecho a la moral.

Por otra parte, el procedimiento discursivo para la fundamentación de normas parece constituir en cualquier caso un modelo aproximado para la justificación de las decisiones legislativas bajo la forma del principio democrático, pero no para las decisiones judiciales, en las que no parece estar en juego la fundamentación de normas generales. En este sentido, resulta interesante la distinción, introducida en el marco de la teoría discursiva por Klaus GÜNTHER (1988 y 1989) y acogida también por HABERMAS (1992:300), entre discursos prácticos de fundamentación de normas y discursos prácticos de aplicación, en los que se delibera sobre la adecuación de una norma, cuya validez o corrección se da por supuesta, a una situación determinada. Esta última clase de discurso refiere a un procedimiento capaz de garantizar la consideración imparcial de todas las circunstancias del caso que sean relevantes para una interpretación coherente de todas las normas aplicables y en él pasan a primer plano, por consiguiente, los intereses y las perspectivas de interpretación de las partes concretas directamente implicadas, sin perjuicio de que se haya de conservar simultáneamente la conexión con la estructura general de perspectivas relevantes en la fundamentación de las normas cuya validez se da por supuesta⁴²⁹.

El discurso de aplicación parece, en efecto, un modelo más asequible para el proceso judicial⁴³⁰. Desde el punto de vista de su dimensión institucional, ese modelo requeriría al menos el carácter contradictorio del procedimiento, así como el aseguramiento de iguales oportunidades a las partes para la presentación de alegaciones y pruebas⁴³¹. Llegados a este punto, podría objetarse, con todo, que aun un proceso judicial configurado de acuerdo al principio contradictorio estaría

⁴²⁹ Cfr. HABERMAS (1992:300). Es importante precisar que sigue siendo entonces relevante en los discursos de aplicación la aceptabilidad del juicio particular por todos los patrícpes del discurso de fundamentación, aunque su comprobación remita a un procedimiento en que el sólo participen directamente las partes concretamente afectadas.

⁴³⁰ En este sentido cfr. GÜNTHER (1988:247ss.) y (1989: especialmente 300ss.), HABERMAS (1992:300 y 307). Digo “modelo” en el sentido de conjunto de criterios para la evaluación, pues en otro sentido la relación bien podría ser la inversa; esto es que el proceso judicial sea el modelo (o uno de los modelos prácticos de juicio imparcial) a partir del cual se desarrolla la idea de racionalidad discursiva. Esta última tesis es sugerida, por ejemplo, por PERELMAN (1968) y GIANFORMAGGIO (1993:164).

⁴³¹ Sobre la conexión entre la racionalidad discursiva y la configuración de un proceso público y contradictorio cfr. SAAVEDRA (1993:8) y (1996:240) y TARUFFO (1997b:147-8). Se trata precisamente de los aspectos que suelen considerarse como componentes de la garantía constitucional del “debido proceso”. Habría que suponer también, por cierto, ciertas condiciones institucionales relativas al órgano jurisdiccional -como, por ejemplo, mecanismos de abstención y recusación- que aseguren su calidad de tercero imparcial.

radicalmente lejos del principio discursivo, en tanto las partes no están obligadas a una búsqueda cooperativa de la verdad, sino que, por el contrario, pueden argumentar estratégicamente a fin de obtener el resultado que les sea más ventajoso⁴³². No parece tratarse, sin embargo, de una objeción decisiva, si consideramos, con HABERMAS, que “todos los implicados en el proceso, cualesquiera sean los motivos por los que se guían, hacen contribuciones a un discurso que *desde la perspectiva del juez* sirve a la obtención de un juicio imparcial” (1992:303, cursivas en el original), pues aportan el mayor número de elementos relevantes para la configuración completa del estado de cosas que es objeto del juicio.

Superadas estas prevenciones iniciales y suponiendo ahora que nos situamos en el contexto institucional de un procedimiento contradictorio, la racionalidad discursiva parecer poner una ulterior condición a la justificabilidad de la decisión judicial. Aunque el juez no es, desde el punto de vista institucional, un partícipe en el diálogo sino un tercero que resuelve autoritativamente, el principio discursivo requiere, a mi juicio, que la decisión del juez sea defendible argumentativamente, esto es, que sea posible dar respuesta a los argumentos contrapuestos que hayan planteado las partes en el debate procesal y los que razonablemente se hubieran podido plantear desde la perspectiva de los otros miembros de la comunidad jurídica⁴³³. Desde el punto de vista de la racionalidad discursiva no bastaría entonces que la decisión sea justificable linealmente a partir de un conjunto coherente de argumentos, sino que se requiere también su justificabilidad en diálogo con las perspectivas de las partes y, eventualmente, con las perspectivas del resto de la comunidad jurídica⁴³⁴. De este modo la estructura comunicativa del proceso queda representada en la estructura de la justificación judicial.

⁴³² Algunas versiones de esta objeción –que inicialmente había sido suscrita también por HABERMAS- se pueden ver en ALEXY (1978:317-8).

⁴³³ Este elemento es destacado en la definición que DICCIOTTI (1999b:98) ofrece de la racionalidad discursiva. Un discurso es, de acuerdo a la definición que propone, racional, si se apoya en razones mutuamente consistentes, fundadas en premisas teóricas y empíricas aceptadas como verdaderas, o consideradas como racionalmente aceptables, al interior del grupo o la comunidad científica, y capaces de *dar respuesta satisfactoria a las dudas u objeciones que hayan planteado o puedan plantear otros partícipes en el discurso*.

⁴³⁴ Desde el punto de vista del principio discursivo, la comunidad jurídica con que el juez debería poder dialogar para sostener argumentativamente su decisión no es sólo la formada por los expertos en derecho sino el público o la comunidad política en sentido amplio (cfr. al respecto SAAVEDRA, 1996:240-241 y TUORI, 1988:63-65).

Es precisamente a esta estructura comunicativa de la justificación judicial que parecen referirse aquellas (pocas, según decíamos algunos párrafos más arriba) reglas de la justificación jurídica presentadas por ALEXY que dicen relación no con la estructura de los argumentos sino con el procedimiento del discurso. Se trata de las siguientes reglas (1978:220, 236 y 271):

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de argumentación. Esta regla “impide (...) habladurías vacías”, pues “excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma. Siempre es necesario aducir premisas empíricas o normativas, cuya verdad o corrección puede ser en cualquier momento objeto de nuevas discusiones” (1978:236).

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

Todas estas reglas tienen en común el hacer referencia a la suficiencia de la justificación judicial y el conectarla, en algunos casos más claramente que en otros, con el contexto de objeciones efectivas e hipotéticas en que ella tiene lugar. Hacer explícita esa conexión general ayuda, me parece, a hacer más preciso su sentido y alcance –como cuando se habla, por ejemplo, de “el mayor número posible” de pasos de desarrollo.

Por último, para concluir, es interesante notar que en una concepción discursiva del juicio judicial la justificabilidad de la decisión del juez no parece poder desligarse de su justificación pública. Aunque de la publicidad de la justificación nos ocuparemos en el próximo capítulo, podemos anticipar que la motivación de las sentencias parece ser – junto al contradictorio y los derechos de defensa- una condición institucional de la racionalidad discursiva de las decisiones judiciales⁴³⁵.

10.6. Algunas conclusiones sobre la posibilidad de la justificación judicial

§154. *Algunos puntos de apoyo para seguir avanzando.* A lo largo de este capítulo hemos examinado diversas aproximaciones al problema de la justificabilidad de las decisiones judiciales. Su análisis y puesta en discusión recíproca pone en juego

⁴³⁵ Una condición institucional, que como el contradictorio y los derechos de defensa, ALEXY parece dar por supuesta (cfr. 1978:208, también HABERMAS, 1992:308).

diversas cuestiones filosófico-jurídicas cuyo estudio detenido escapa a las posibilidades y los propósitos de este estudio. Sin embargo a nuestro juicio es posible fijar algunos puntos de apoyo y delinear algunas tendencias significativas en esa discusión, que permitan sostener una respuesta a la pregunta acerca de si tiene sentido esperar decisiones judiciales justificables en la desencantada estación en que nos ha dejado la revuelta antiformalista. Una pregunta que, merece la pena notar para comenzar, las diversas posiciones que hemos examinado responden afirmativamente (con excepción de los *critical legal scholars*, cuyo rechazo a la posibilidad de la justificación parece contradecir, sin embargo, su resistencia a entender sus propias tesis como un abandono al nihilismo).

§155. *La graduación del desencanto.* En la discusión que hemos examinado, la indeterminación del derecho no es asumida como un punto de partida unívoco. En esa discusión dialogan, en efecto, según hemos visto, teorías que sostienen la indeterminación radical, la indeterminación parcial y la completa determinación del derecho. Es importante intentar fijar alguna conclusión general sobre este asunto a fin de precisar en qué sentido y con qué límites es posible la *justificación jurídica* de una decisión judicial. Con ese fin puede ser clarificador tratar de precisar donde residen las discrepancias entre las diversas posiciones.

Si suponemos que la determinación del derecho implica la *demostrabilidad* de la corrección de la respuesta para todo caso jurídico, entonces la verdad es que ninguna de las concepciones que hemos examinado, ni aun la teoría del derecho como integridad de DWORKIN, afirmaría la completa determinación del derecho. Ninguna posición postula que sea posible reconstituir la ilusión formalista de un derecho determinado *more geometrico* y todas reconocen que la existencia de controversias o desacuerdos razonables acerca de la corrección de una solución es un rasgo característico de la práctica jurídica.

DWORKIN discutiría, sin embargo, esa forma de presentar el problema de la determinación del derecho. Pues si lo que está en juego cuando hablamos de la (in)determinación del derecho es precisar cuál es el alcance de la guía que éste proporciona para la resolución de casos particulares, entonces establecer una equivalencia entre demostrabilidad y determinación (como hace el positivismo hartiano) resulta cognitivamente inadecuado, pues no nos permite dar cuenta de la forma característica en que el derecho guía nuestra deliberación.

Más allá de las cuestiones terminológicas, el núcleo de esta controversia entre DWORKIN y el positivismo hartiano remite a diferentes formas de entender la ontología del derecho y la clase de epistemología que ella requiere. Pues si bien ambas

concepciones rechazan el realismo metafísico y asumen una posición constructivista respecto del derecho, las tesis que sostienen acerca de la ontología de esos hechos sociales en que el derecho consiste son diferentes. A pesar de que DWORKIN parece resistirse a concebir su postura ontológica como una forma de convencionalismo (contra el que dirige sus dardos cuando ataca al positivismo)⁴³⁶, la forma más clara de presentar ese contraste resulta a mi juicio la que propone Juan Carlos BAYÓN (2002) al distinguir entre *convencionalismo superficial* y *convencionalismo profundo*.

De acuerdo al *convencionalismo superficial* las convenciones llegan sólo hasta donde llega el acuerdo en sus contenidos, de modo que “sólo tiene sentido decir que existe verdaderamente una regla compartida, una regla social (ya se trate de una regla semántica o de una regla de comportamiento en sentido estricto), cuando hay acuerdo *explícito* por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas” (BAYÓN, 2002:87, cursivas del autor). Esta forma de entender las entidades convencionales resulta próxima a la concepción del positivismo hartiano, que atribuye al derecho una “objetividad mínima” (*supra* §141), suficiente para demostrar la corrección jurídica de la respuesta en los casos claros. Desde esta perspectiva el derecho sólo se extiende hasta donde llega el acuerdo explícito acerca de las aplicaciones correctas de sus reglas. Y hasta el mismo punto se extiende la posibilidad de la justificación jurídica. Más allá de esos acuerdos, cuando se trata de casos controvertidos en los que se discrepa genuinamente acerca de lo que las reglas jurídicas exigen, el derecho no proporciona ninguna guía relevante y la decisión del juez no puede ser justificada jurídicamente.

Para el *convencionalismo profundo*, en cambio, esa imagen de la naturaleza y las condiciones de existencia de los hechos convencionales resulta demasiado simple. Pues si bien la existencia de cualquier práctica social normativa requiere criterios de corrección compartidos, no parece necesario para poder afirmar que la comunidad comparte ciertos criterios de corrección el que cada uno –ni siquiera que algunos- de sus miembros pueda articular y expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en las aplicaciones efectivas de los mismos. Desde la perspectiva del convencionalismo profundo, “la existencia de criterios públicos se *muestra* o *exhibe* en

⁴³⁶ Vid. *supra* nota 371. No se vislumbra sin embargo cuál podría ser la alternativa al convencionalismo –entendido como la afirmación de la realidad socialmente construida del derecho, esto es, su caracterización del mismo como un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes, constitutivas de una práctica social- si se descarta, como el autor parece hacerlo, el escepticismo y el realismo metafísico. Sobre esta indefinición de la tesis ontológica de DWORKIN, cfr. MORESO (1997:205) y BAYÓN (2002:60).

el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones” (BAYÓN, 2002:87-88). En suma, “el reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento *tácito* de los criterios de corrección, que por lo tanto no tienen que resultarle a cada individuo que los usa perfectamente transparentes” (BAYÓN, 2002:88). De este modo, la falta de acuerdo en torno a un caso no nos sitúa necesariamente más allá del límite de nuestras convenciones sino que hace necesaria la articulación de algún aspecto del trasfondo de criterios compartidos que hasta ese momento no había sido articulado.

Como se puede apreciar, esta última idea resulta muy próxima a las tesis de DWORKIN, que extendían la posibilidad de hablar de corrección jurídica y de justificación jurídica al ámbito de los casos difíciles o controvertidos. La diferencia fundamental entre los dos planteamientos reside en el modelo de deliberación coherentista que sugieren para la determinación del contenido del derecho. En este sentido, parece efectivamente discutible que en todos los casos controvertidos la justificación jurídica de la respuesta requiera del juez, como DWORKIN sugiere, la hercúlea articulación de una teoría comprensiva de la práctica jurídica. Resulta más plausible entender que la tarea de decidir justificadamente puede agotarse en muchos casos en la articulación de los criterios de corrección compartidos expresados en el acuerdo en torno a los casos paradigmáticos que sean relevantes respecto de las normas sobre cuya interpretación y aplicación se discuta, a través de un modelo de justificación coherentista como el que BAYÓN, siguiendo a Susan HURLEY (1990:223-224), sugiere⁴³⁷.

En cualquier caso lo que interesa destacar es que una concepción de la práctica jurídica como la del convencionalismo profundo permite no sólo reforzar, a través de la noción de “casos paradigmáticos”, la respuesta que el positivismo daba a la paradoja del seguimiento de reglas y contrastar, por consiguiente, la tesis de la indeterminación radical del derecho, sino también extender la posibilidad de justificación jurídica a los casos controvertidos. Esto significa que en esta clase de casos no entra necesaria y directamente en juego –como sugería en cambio la imagen positivista de los límites del

⁴³⁷ “Un razonamiento de naturaleza holista que, partiendo de lo que a primera vista parecen ser casos paradigmáticos, intente establecer qué es lo relevante en ellos; formule hipótesis acerca de los criterios de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de esos factores como relevantes; y vuelva después a considerar otros casos –reales o hipotéticos– que nos parezcan igualmente claros a fin de poner a prueba la admisibilidad de dichas hipótesis acerca de los contornos de nuestros criterios” (BAYÓN, 2002:90).

derecho- el genuino razonamiento moral, sino que hay todavía un espacio para el razonamiento encaminado a establecer el contenido de nuestras convenciones, por complejo y controvertido que ese razonamiento pueda ser⁴³⁸.

Es interesante notar que también las contribuciones de la teoría de la argumentación jurídica apuntan hacia una ampliación del papel que las convenciones constitutivas de una práctica jurídica juegan en la justificación judicial tratándose de casos controvertidos. En particular esas teorías destacan la variedad y complejidad de las *convenciones interpretativas* que pueden imperar en una práctica jurídica (las que usualmente no se agotarán, como parecía suponer alguna versión del positivismo, en una regla simple de remisión al significado literal u ordinario de las formulaciones normativas, ni tampoco en una regla que permita apartarse discrecionalmente de él en cualquier caso)⁴³⁹. Son esas convenciones las que hacen posible que la argumentación jurídica se presente, a la luz de las reconstrucciones propuestas por dichas teorías, no como un juego anárquico en el que todo vale, sino como una práctica que define *límites respecto a qué cuenta como argumento aceptable*⁴⁴⁰.

Esta coincidencia puede relacionarse en términos generales con la complejización que experimenta la noción de la positividad del derecho cuando éste es concebido como una práctica social⁴⁴¹.

§156. *La noción de justificación.* La conclusión a la que nos conducen los argumentos antes expuestos es que tiene sentido hablar de justificación *jurídica* también en los

⁴³⁸ Cfr. BAYÓN (2002:90).

⁴³⁹ La existencia, contenido y grado de articulación de estas convenciones es una cuestión contingente, que puede variar de una comunidad política a otra. Las investigaciones comparadas sobre argumentación jurídica muestran sin embargo un alto grado de coincidencias, al menos tratándose de sistemas jurídicos en que rigen el principio del Estado de Derecho y el principio democrático (vid. MACCORMICK y SUMMERS, 1991 y 1997). Las diferencias que subsisten, tanto entre ámbitos diversos de un mismo sistema jurídico como entre diversas prácticas jurídicas, tienen que ver, sobre todo, con el grado de formalidad y de apertura a los argumentos sustanciales (vid. al respecto SUMMERS, 1992 y ATRIA, 2001:197ss.). Así por ejemplo, la justificación penal es en términos generales más formal, sobre todo cuando se trata de condenar, y la práctica jurídica de los Estados Unidos es más abierta a los argumentos sustantivos que la británica.

⁴⁴⁰ Esto no quiere decir que no se discuta entre los participantes de una práctica jurídica acerca del contenido y el alcance de las convenciones interpretativas que la integran, pues, como enseña de nuevo la tesis del convencionalismo profundo, la controversia no excluye que contemos con criterios compartidos de aceptabilidad de los argumentos, que se expresarán en ciertos casos paradigmáticos.

⁴⁴¹ Cfr. SASTRE (2001:581-588).

casos difíciles, esto es, en aquellos en los que –desde la perspectiva de la concepción positivista- no pueda demostrarse con la corrección jurídica de una única solución. La noción general de justificación en que nos apoyamos al sostener esta conclusión no puede ser entonces la noción demostrativista o fundacionalista, que subyacía a la concepción formalista de la justificación judicial (y que el positivismo mantenía para los casos claros). Esta noción de justificación, de la que intentamos apartarnos, no hace a mi juicio sino especificar, sobre la base de ciertos supuestos epistémicos que configuran una determinada imagen de la racionalidad –los dominantes en la modernidad-, un concepto aún más general de justificación al que interesa retornar.

Ese concepto general de justificación refiere a la bondad de las razones que pueden sustentar una conclusión y requiere que sobre ella sea posible deliberar o discutir racionalmente. Desde esta perspectiva, la idea básica que expresa el concepto de justificación es la posibilidad de un juicio racional sobre una cierta conclusión⁴⁴². De modo que la clave para delinear una concepción específica de justificación residirá en aquello que entendamos en un cierto ámbito por un juicio racional. Los esfuerzos de DWORKIN y de las teorías de la argumentación jurídica, que hemos examinado en este capítulo, ilustran con suficiencia, en mi opinión, que es posible una noción de juicio judicial racional que no se agote en la demostración a partir de premisas evidentes⁴⁴³. Sus contribuciones muestran que contamos con *herramientas* –en síntesis: racionalidad lógica, universalización, coherencia y racionalidad discursiva- para deliberar y discutir con sentido sobre la bondad de las razones de una decisión judicial,

⁴⁴² Como dice MICHELMAN (1986:72) a propósito de la justificación de las decisiones judiciales: “la justificación presupone (...) que la adjudicación es una actividad racionalmente determinable, una actividad que la razón crítica puede juzgar en la práctica como correcta o incorrectamente, bien o mal realizada”.

⁴⁴³ Las mismas teorías ofrecen, por otra parte, razones para dudar que la noción de justificación como demostración a partir de premisas evidentes tenga sentido, aún para los “casos fáciles”. Así, la teoría dworkiniana y su nexa con la epistemología postpositivista sugieren que no hay evidencias desvinculadas de un esquema conceptual, de modo que ni aún en los “casos fáciles” la determinación del derecho asumiría la forma de mera constatación de un hecho social evidente, sino que también en esos casos supondría una deliberación coherentista. Las teorías de la argumentación muestran también que, en la medida en que las convenciones interpretativas que imperen en una práctica admitan (como es usual) la separación respecto del significado literal de las formulaciones normativa en atención, por ejemplo, a la anormalidad del caso, o a la desviación del resultado en ese caso respecto de los propósitos de la norma, o a la contradicción en ese caso con algún principio que no fue tomado en cuenta por el legislador, entonces ni siquiera en los “casos fáciles”, en los que la conclusión parezca seguirse inevitablemente del significado literal de una disposición legal, estará en juego la mera evidencia de un hecho bruto sino una serie de valoraciones.

aun cuando no podamos aspirar a que esa discusión se cierre a través de la necesidad incontrovertible de la demostración.

Estas condiciones de racionalidad dan sentido entonces a afirmar la justificabilidad de las decisiones judiciales. Lo que, por otra parte, da sentido a hablar de justificación *jurídica* es que, según concluíamos en el párrafo anterior, las convenciones que constituyen la práctica jurídica pueden guiar, a través de *criterios compartidos de corrección*, nuestra deliberación y discusión también en los casos controvertidos.

§157. *La discrecionalidad y la responsabilidad judicial.* Nuestra conclusión sobre la posibilidad de la justificación jurídica de las decisiones judiciales (también) en los casos controvertidos, parece llevarnos a negar, con DWORKIN, que quepa hablar en esos casos de discreción judicial. De este modo, si bien nos apartaríamos de la noción de justificación propia de la concepción formalista de la justificación judicial, nos mantendríamos con todo próximos a la imagen del rol judicial que constituye su presupuesto, esto es, a la imagen de un juez que debe limitarse a aplicar a casos particulares un derecho preexistente⁴⁴⁴. No me parece, sin embargo, que sea exactamente esto lo que se sigue de nuestra anterior conclusión. Veamos por qué.

En primer lugar, al suponer una ontología convencional para el derecho, tenemos que admitir que, puesto que todas las convenciones tienen límites, habrá también casos que el derecho deje indeterminados. Dado que los ordenamientos jurídicos modernos excluyen el *non liquet* e imponen al juez el deber de fallar todo caso suscitado en el ámbito de su competencia, el juez deberá resolver entre las alternativas jurídicamente posibles sobre la base de criterios genuinamente morales, sin la guía –ni la restricción– de las convenciones jurídicas. En este sentido, nuestra conclusión sobre la justificación jurídica de las decisiones judiciales en casos controvertidos reduce –al extender el límite de las convenciones jurídicas más allá del acuerdo explícito–, pero no elimina, el espacio de la discreción judicial. En estos casos se podrá justificar

⁴⁴⁴ Este es un corolario que PRIETO SANCHÍS colige críticamente de las tesis de DWORKIN: “[Dworkin] es plenamente consciente de que el razonamiento judicial incorpora elementos valorativos y morales que impiden mantener la vieja idea de la jurisprudencia mecánica; en el fondo el recurso a los ‘principios’, lejos de excluir el momento creativo, lo presupone. ¿Por qué, pues, esa rotunda afirmación de que la judicatura no es un órgano de producción jurídica? A mi juicio, la respuesta es sencilla: DWORKIN pretende preservar a toda costa la figura positivista y liberal del juez irresponsable. Por supuesto, el juez asume una grave responsabilidad técnica, hasta el punto de que debe ser una especie de Hércules, pero que se torna en irresponsabilidad política desde el momento en que todos los aspectos de su decisión le vienen dados por un Derecho preexistente” (1987:72-73).

jurídicamente la exclusión de ciertas soluciones, pero la elección entre las soluciones jurídicamente posibles sólo será justificable a partir de razones genuinamente morales (y seguirá sujeta, en la evaluación de su justificabilidad o no arbitrariedad, a las condiciones de la racionalidad práctica general).

Por otra parte, la articulación de nuestros criterios compartidos de corrección jurídica no es una tarea mecánica que deje fuera de juego la responsabilidad del juez. No se trata de algo que esté simplemente ahí a la espera de ser descubierto, como insinúa la expresión “limitarse a aplicar un derecho preexistente”, con la que recién caracterizábamos la imagen del rol judicial supuesta por el formalismo. En este sentido, no hay que entender la afirmación de la justificabilidad jurídica de las decisiones judiciales en casos controvertidos como una reedición la imagen de un juez automático e irresponsable de sus decisiones. La idea que anima esa perspectiva es más bien la que sugiere Eligio RESTA cuando dice: “el nihilismo de la norma nos vuelve a poner frente a una especie de responsabilidad política, responsabilidad de cada uno, no del soberano solamente, de hacer de la norma, su convencionalismo, un proyecto social compartido” (2001:99).

De lo que se trata, en definitiva, una vez aprendida la lección que ha dejado la revuelta antiformalista –y que recuerdan las teorías críticas- es de intentar precisar en qué consiste la responsabilidad distintiva de la jurisdicción. La respuesta que –en la línea de los argumentos de DWORKIN, de los teóricos de la argumentación jurídica y de BAYÓN- se ha esbozado aquí es que el juez tiene la responsabilidad de formarse una convicción razonada, sobre la base de los mejores argumentos, acerca de (en tanto sea posible) lo que exige la práctica social compleja en que consiste el derecho frente a un caso particular⁴⁴⁵. Esa responsabilidad supone, en todo caso, tomar en cuenta todos los argumentos jurídicos relevantes a la luz de la situación particular y ponderar su peso de acuerdo con criterios compartidos de valoración. Ella implica también, en no pocos casos, articular criterios de corrección hasta entonces sólo tácita u opacamente compartidos, para dar sentido en nuevas circunstancias a la forma en que hemos convenido vivir como comunidad. La responsabilidad del juez es, por consiguiente, *constructiva* y no meramente declarativa.

⁴⁴⁵ Una imagen semejante es la que brinda según M. IGLESIAS una teoría interpretativa del derecho: ella “ofrece una versión plausible y epistémicamente accesible de la función judicial, mostrando que los jueces son responsables de sus propias decisiones acerca de qué derechos y deberes poseen los ciudadanos tanto cuando sus respuestas no son discutidas como cuando son susceptibles de controversia. Esta responsabilidad consiste, en última instancia, en nuestra intuición de que toda decisión jurídica debe estar fundamentada en argumentos jurídicos y que un juez debe tratar de ofrecer los mejores argumentos” (1999:227-228).

Sobre la base de esta caracterización de la función judicial parece posible convenir con DWORKIN –acogiendo su distinción entre la necesidad de juicio, que designa como *discreción en sentido débil*, y la *discreción en sentido fuerte*- en que dado que el juez tiene que resolver de acuerdo a su convicción sobre el mejor argumento, entonces no hay elección. Sin embargo, creo que es importante reconocer al mismo tiempo⁴⁴⁶, que dado que tratándose de casos genuinamente controvertidos puede haber otras perspectivas que ofrezcan interpretaciones plausibles y diferentes de la práctica jurídica, se trata *desde ese punto de vista* de una elección⁴⁴⁷. Esta apreciación debería llevar a complementar la dimensión de la racionalidad substancial o de la coherencia, que DWORKIN enfatiza, con la dimensión de la racionalidad discursiva o comunicativa, que en cambio subrayan las teorías de la argumentación.

Este último punto, junto a la caracterización de la responsabilidad judicial como la responsabilidad de decidir justificadamente, nos llevará en el próximo y último capítulo a sostener que en una democracia constitucional la publicidad de la justificación debería ser un elemento de la práctica jurídica.

⁴⁴⁶ Como el propio DWORKIN, por lo demás, hace (1985:164-5), aunque sin apreciar del todo, a mi juicio, las consecuencias que de ello se siguen.

⁴⁴⁷ Esto hace que la línea de separación entre “aplicación” y “creación” de derecho sea, por cierto, tenue, borrosa y controvertida. Algo que por lo demás resulta consistente con la imagen de la positividad del derecho como proceso, que está ligada a la concepción del derecho como práctica social. Cfr. ZACCARIA (1991) y SASTRE (2001:581-588).

11. LA PUBLICIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN (O EL SENTIDO DE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS)

11.1. Publicidad, sujeción a derecho y responsabilidad judicial

§158. *Las razones para la publicidad de las razones.* El capítulo anterior nos llevaba a concluir que tiene sentido esperar decisiones judiciales justificables, aun una vez perdida la fe en la demostrabilidad de la corrección de todas las soluciones jurídicas. Esa conclusión constituye un primer aliciente a recobrar la confianza en la institución de la motivación de las sentencias, pues enseña que aunque hayamos renunciado a la utopía de un derecho geoméricamente determinado, la idea de un discurso justificativo jurídico sigue siendo inteligible. En este capítulo trataremos de reforzar esa renovada confianza en la motivación, mostrando que en esas desencantadas circunstancias la justificación pública de las decisiones judiciales no sólo es posible, sino además deseable *con mayor razón* que si nos encontráramos todavía en el ilusorio mundo del formalismo. Procuraremos mostrar que en una práctica jurídica en que impere el principio del Estado de derecho o la *Rule of law*, el reconocimiento de la indeterminación parcial y el carácter argumentativo del derecho constituyen poderosas razones a favor de la institucionalización de la exigencia de motivación de las decisiones judiciales. Esperamos poder concluir, entonces, que el sentido político-jurídico de esa institución resulta fortalecido, en lugar de debilitado, tras las enseñanzas de la revuelta antiformalista.

§159. *La sujeción del juez a derecho en la estación del desencanto.* Desde sus orígenes en el proyecto político liberal el modelo del Estado de derecho radica la legitimidad del poder del juez en su sujeción a derecho públicamente controlable. En otras palabras, el Estado de derecho requiere no sólo que la decisión judicial sea justificable jurídicamente, sino que el carácter jurídicamente justificado de la decisión judicial sea susceptible de escrutinio público. En esa demanda de publicidad en la aplicación judicial del derecho reside precisamente la ruptura moderna respecto de la concepción autocrática de la autoridad judicial distintiva del Antiguo Régimen (*supra* §§ 27 y 28).

La ilustración imaginaba que la codificación del derecho haría posible que la evaluación pública de la sujeción del juez a derecho fuera simple y transparente. Bastaría conocer las normas claras de la ley para juzgar a través de una mecánica operación deductiva si la decisión del juez se ajustaba o no a derecho. No es casual, entonces, que el proyecto ilustrado no prestara gran atención a la motivación de las decisiones judiciales, pues en esas condiciones no parecía necesario que el juez diera cuenta pública del evidente apoyo de su fallo en las razones de la ley (*supra* §45).

Esta imagen de una manifestación evidente de la conformidad a derecho de las decisiones judiciales no puede sostenerse en pie cuando admitimos el carácter argumentativo del derecho –la posibilidad de que un argumento válido sea derrotado por otro, de acuerdo con convenciones interpretativas complejas- y la opacidad de la guía que las pautas convencionales pueden proporcionar en los casos controvertidos⁴⁴⁸. En estas circunstancias, solamente conociendo el juego de argumentos jurídicos relevantes a la luz de un cierto caso y los criterios en que el juez ha basado su ponderación podremos evaluar si su decisión resulta jurídicamente justificable (eso no excluye, por cierto, que haya casos en los que el juego de argumentos y su fuerza relativa nos parezca por completo previsible; aun en esos casos, puede ocurrir, sin embargo, que luego la sentencia del tribunal nos sorprenda, al explorar algún aspecto del caso que no habíamos considerado).

En esas condiciones, la sujeción del juez a derecho deja de ser entendida como sujeción a un resultado evidente y pasa a ser concebida como sujeción al mejor argumento jurídico. La concepción de la justificación jurídica de las decisiones judiciales que fue esbozada en el capítulo anterior sugiere que contamos con herramientas (las condiciones de racionalidad) y con criterios compartidos (expresados en casos paradigmáticos de aplicación de normas o de uso de argumentos jurídicos)

⁴⁴⁸ Tampoco puede sostenerse, por cierto, una vez que reconocemos las dificultades ligadas a la justificación del juicio fáctico (*supra* §128).

para juzgar y discutir sobre la corrección jurídica de una decisión judicial –sobre el mejor argumento jurídico- aun en casos controvertidos. Si es así, la sujeción del juez a derecho sigue siendo, entonces, controlable⁴⁴⁹. Como ella no se expresa directamente en el fallo sino que se manifiesta en las razones que lo sostienen, su control –tanto el endo-procesal a través de los recursos legalmente previstos o como el público o extra-procesal- supone la publicidad de la justificación de las decisiones judiciales⁴⁵⁰.

§160. *La legitimidad judicial en los límites del derecho.* Aun cuando admitamos que es posible restaurar el sentido de la sujeción judicial a derecho en la estación del desencanto, ese puntal para la legitimidad del poder del juez parece insuficiente cuando las convenciones constitutivas del derecho resultan insuficientes y el juez deja de actuar como articulador de criterios compartidos de corrección jurídica para convertirse en inventor (dentro de los límites, por cierto, de las soluciones no excluidas por los argumentos jurídicos). Aunque abordar el problema de la legitimidad judicial en la estación del desencanto nos llevaría muy lejos⁴⁵¹, me parece que al menos es posible

⁴⁴⁹ Esto equivale a sostener que la certeza jurídica sigue siendo un valor posible en la estación del desencanto, si, concordando con GIANFORMAGGIO (1986C:162ss.) y PRIETO SANCHÍS (1994:409) (vid. *supra* §113), admitimos que la certeza como valor refiere no a la previsibilidad probabilística de las decisiones jurídicas sino a su controlabilidad. Sobre este desplazamiento en la comprensión de la certeza jurídica vid. F. ARCOS RAMÍREZ (2002).

⁴⁵⁰ No llegaría yo a afirmar, con todo, como hace en cambio IGARTUA SALAVERRIA (2004:29), que “la motivación no sirve de instrumento de *control* sobre la aplicación del derecho, sino que es elemento *constitutivo* (nada menos) de la aplicación del derecho”. Conuerdo en entender que “aplicar una norma” significa que esa norma constituya el fundamento o razón justificativa de una decisión o comportamiento, pero no me parece que sea conceptualmente necesaria la expresión pública de esa relación justificativa (vid. al respecto la diferencia entre justificabilidad y justificación pública, enunciada en la Introducción de este estudio, *supra* §6). Habría entonces, a mi juicio, aplicación del derecho en la medida que la decisión sea justificable conforme a derecho. Lo que ocurre es que el principio del Estado de derecho requiere que esa relación justificativa –entre el derecho y la decisión- sea públicamente verificable, de modo que si ella no resulta evidente entonces resulta necesaria, en el contexto de ese modelo de derecho, su expresión pública. En este sentido podría tal vez decirse que no hay aplicación públicamente controlable de derecho –la única “aplicación” relevante para el Estado de derecho- sin motivación. A esta justificación de la exigencia de motivación como garantía de la legalidad públicamente controlable de la decisión judicial, en la ámbito específico de la jurisdicción penal, hace continuas referencias FERRAJOLI (1989:47, 153, 540, 542, 597, 602 y 622-623).

⁴⁵¹ Abordar detenidamente ese problema supondría considerar al menos dos aspectos cuyo análisis escapa a los propósitos y posibilidades de este trabajo. Por una parte, sus ramificaciones relativas a la selección y gobierno de los jueces (cfr. GARCÍA PASCUAL, 1997). Por otra parte, las preguntas que plantea

sostener que la justificación pública de las decisiones judiciales puede ser significativa en dos sentidos.

Por una parte, la exigencia de motivación constituye un freno a la arbitrariedad de la decisión, al exigir que se exhiban las razones generales que la justifican y hacer posible el control público de su racionalidad formal⁴⁵². Por otra parte, en la medida que la motivación satisfaga las condiciones de la racionalidad discursiva –esto es, que se construya en diálogo con los argumentos esgrimidos por las partes en el proceso y eventualmente con los argumentos que desde la perspectiva de otros miembros de la comunidad podrían ser relevantes en relación al criterio general que justifica su decisión (*supra* §153- el juez podrá intentar ganar argumentativamente la aceptación pública de su decisión acerca de cómo deberíamos vivir y, en cualquier caso, abrirá la discusión pública acerca de la aceptabilidad de ese criterio para futuras decisiones judiciales (o legislativas). Esta apertura al diálogo público parece la condición mínima de legitimidad de los poderes creativos de la jurisdicción en una sociedad democrática.

Este último elemento adquiere además, a mi juicio, relevancia general para la legitimidad judicial –no sólo cuando se trata de juzgar más allá de los límites del derecho- si consideramos que, una vez que dejamos atrás la ilusión del formalismo, el rol judicial se nos presenta como el de un articulador de significados y criterios convencionales de corrección a veces sólo opaca y tácitamente compartidos, que debe resolver sobre la base de su convicción razonada en un contexto de controversia y desacuerdos. En este contexto parece razonable esperar del juez que también respecto de su convicción acerca de cómo hemos convenido vivir intente ganar argumentativamente la aceptación pública y que abra, en cualquier caso, la discusión pública acerca de la aceptabilidad de esa interpretación para futuras decisiones judiciales.

§161. *La responsabilidad de los jueces.* Si, como hemos sostenido en los dos párrafos precedentes, el control de la sujeción del juez a derecho supone la justificación pública de sus decisiones y la imagen constructiva/creativa de su rol reclama, en una sociedad democrática, el complemento de una legitimidad comunicativa, entonces contamos con dos fuertes razones para requerir, en un estado democrático de derecho, que el juez ejerza *públicamente* su responsabilidad de

la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad de la legislación (cfr., por ejemplo, GARGARELLA, 1996 y FERRERES COMELLA, 1997).

⁴⁵² A esta dimensión de la motivación como condición de la legitimidad de los jueces hacen referencia también PRIETO SANCHÍS (1987: 116-117 y 1994:406) GASCÓN ABELLÁN (1993:33-34 y 1999:191).

formarse una convicción razonada, sobre la base de los mejores argumentos (*supra* §157). En este sentido, tiene razón AARNIO (1987:29) cuando sostiene que “la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones” y que “la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión”.

11.2. Publicidad de la justificación y debido proceso

§162. *La importancia del derecho de audiencia.* La sujeción del juez a derecho comprende también, en un Estado de derecho, la vinculación al procedimiento legalmente establecido. Este ha sido, desde los comienzos ilustrados de ese modelo político-jurídico, el terreno en que se han jugado fundamentalmente las garantías del ciudadano frente al juez. Entre ese conjunto de garantías procesales, que suelen concentrarse en un derecho genérico a un debido proceso o proceso equitativo, ocupa un lugar central el llamado derecho de audiencia o de defensa, esto es, el derecho de presentar alegaciones y pruebas en un proceso público y contradictorio⁴⁵³.

La admisión del carácter argumentativo del derecho y la atribución al juez de la responsabilidad de resolver fundadamente sobre la base de *todos* los argumentos jurídicos relevantes a la luz del caso particular, supone subrayar la centralidad de este

⁴⁵³ A la valoración del derecho de defensa como un principio procesal básico en un Estado de Derecho, se suele agregar, por otra parte, la afirmación del principio contradictorio como el rasgo institucional definitorio del “proceso judicial”. En él se vislumbra, como afirma TARUFFO, “el núcleo inderogable de aquello que se define propiamente como ‘proceso’” (1998:793), pues se reconoce que “la estructura básica del proceso se funda en la contraposición de dos o más hipótesis relativas a la situación de hecho y de derecho que se halla en la base de la controversia” (1998:794). En otras palabras, se reconoce, como reitera el mismo autor, “que el proceso es ante todo *controversia*, y que la controversia nace del conflicto entre posiciones contrapuestas”. En este rasgo distintivo del proceso L. FULLER (1978) encuentra incluso la característica definitoria básica de la jurisdicción (*adjudication*) como forma de decisión colectiva: ella reside, según FULLER, “en el hecho que ella confiere a la parte afectada una peculiar forma de participar en la decisión, a través de la presentación de pruebas y argumentos razonados para una decisión en su favor” (1978:364), de modo que la jurisdicción se presenta, ante todo, como “un mecanismo que da expresión formal e institucional a la influencia de los argumentos razonados en los asuntos humanos”, pudiendo desprenderse las demás notas distintivas de la jurisdicción, como, por ejemplo, la imparcialidad del órgano, como implicaciones de ese rasgo institucional primordial (1978:365ss.). También CAPPELLETTI (1984:63ss.) y PRIETO SANCHÍS (1987:110-114), reconocen en estos rasgos institucionales aquello que, aun cuando admitamos la dimensión creativa de su rol, sigue distinguiendo a los órganos jurisdiccionales de los órganos propiamente legislativos.

derecho en la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de la intervención estatal. Así lo ha recordado recientemente MACCORMICK:

“El carácter dialéctico o argumentativo de los procedimientos jurídicos es, pues, un rasgo incorporado a un marco constitucional en el cual los ciudadanos pueden cuestionar las alegaciones de hechos y de Derecho sobre las que se basan los órganos estatales para amenazar con intervenir, de oficio o a instancia de parte, coercitivamente en sus vidas o asuntos. Una parte vital de la garantía de la libertad en la concepción dominante del Estado de Derecho consiste en que deba darse a todas las personas la oportunidad de exponer tal refutación en términos claros y con la asistencia jurídica adecuada” (MACCORMICK, 1999:18).

También la teoría discursiva destaca, según se recordará (*supra* §153), como la participación contradictoria de las partes, aún cuando se encuentre orientada estratégicamente, favorece el juicio imparcial y completo del tribunal.

§163. *Derecho a respuesta judicial.* Si las partes no reciben una respuesta justificada del juez, en la que dé cuenta que sus argumentos han sido seriamente considerados e imparcialmente ponderados, no sólo se dificulta el ejercicio de su derecho a recurrir de la resolución judicial ante un tribunal superior, sino que resulta sobre todo debilitada la virtualidad del derecho de audiencia y del carácter contradictorio del proceso como garantía frente al juez. En este sentido la publicidad de la justificación –y el requerimiento de que ésta responda a las condiciones de la racionalidad discursiva (*infra* §11.4.)- también puede ser justificada en un Estado de derecho como garantía del derecho de las partes a ser oídas⁴⁵⁴. Este –más que el adecuado funcionamiento de un sistema jerárquicamente estructurado de recursos procesales- debiera ser, a mi juicio, el contenido central de la denominada *función endo-procesal* de la motivación de las decisiones judiciales.

Por otra parte, a pesar de todas las anomalías que el proceso judicial presenta al ser comparado con un proceso discursivo, parece claro que mientras la particular

⁴⁵⁴ Así lo entiende la actual jurisprudencia y doctrina constitucional europea, que, sobre la base de esta relación funcional, considera predominantemente a la motivación de las sentencias como un aspecto del derecho al debido proceso (vid. vid., por ejemplo, CARETTI, 1990, TARUFFO, 1990:1, HO, 2000 y COLOMER HERNÁNDEZ, 2003:72ss. y 141ss.; así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por ejemplo las sentencias 1994/4, 1995/5 y 1998/3). La jurisprudencia constitucional española lo ha entendido en cambio como un aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva (vid. COLOMER HERNÁNDEZ, 2003:72-101). Una crítica a esta construcción sistemática del Tribunal Constitucional español, que considera dogmáticamente más adecuada su vinculación con el derecho a un proceso equitativo puede verse en E. PEDRAZ ET AL. (2000:370ss.).

posición del juez y la admisión de la argumentación estratégica por las partes pueden ser justificadas o conciliadas con el principio del discurso práctico racional, el silencio o, más bien, la voluntad desnuda del juez, al final de ese singular diálogo, escapa ciertamente a las exigencias de la racionalidad comunicativa. Si consideramos que éstas deben ser tomadas en cuenta en una sociedad democrática, entonces dispondremos de un nuevo argumento para sostener la necesaria publicidad de la justificación judicial⁴⁵⁵.

11.3. Publicidad de la justificación, justicia formal y precedente

§164. *Motivación y precedente*. Como se recordará (*supra* §39), el desarrollo de una práctica de fundamentación pública de las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos de la tradición del *common law* fue favorecido por la necesidad de determinar las *rationes decidendi* con que un tribunal se comprometía hacia el futuro en virtud de la doctrina del precedente o *stare decisis*.

Aún en el contexto de una práctica jurídica en que no impere esa clase de doctrina –como parece ocurrir aún en la mayor parte de los sistemas jurídicos de la tradición romano-germánica- las exigencias de justicia formal envueltas en el principio del Estado de Derecho requieren al menos el reconocimiento de fuerza justificativa *prima facie* a los precedentes y la consiguiente asignación de la carga de justificar la adopción, en un caso sustancialmente semejante a alguno previamente resuelto, de un criterio interpretativo diferente⁴⁵⁶. Como ocurría en el caso del *common law* con la doctrina del *stare decisis*, también una práctica jurídica en que impere esta regla argumentativa requiere que las sentencias sean motivadas⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ De modo semejante sostiene Manuel ATIENZA (1991:214) que “parece claro que el Derecho es uno de los ámbitos donde el discurso justificatorio tiene necesariamente que hacerse visible a los demás. Justificar algo jurídicamente tiene que significar, necesariamente (con independencia de si el procedimiento para ello es o no discursivo), justificarlo frente a otros; si se quiere decirlo en términos clásicos, la alteridad del Derecho está presente también en el momento de la justificación de las decisiones jurídicas”.

⁴⁵⁶ Véase al respecto ALEXY (1978: 261ss.), GASCÓN ABELLÁN (1991:30-49) y MORAL SORIANO (2002:137ss.).

⁴⁵⁷ Por otra parte, si la universalización constituye, como sostienen las teorías de la argumentación, una condición básica de racionalidad del discurso justificativo, entonces se podría sostener que el acto de aducir públicamente, en la motivación, ciertas razones justificativas, compromete al órgano jurisdiccional con esas razones. De este modo la motivación de las decisiones contribuye a la justificación,

§165. *Rol constructivo del juez, motivación y certeza.* La significación del precedente en los sistemas jurídicos de tradición continental se aprecia sobre todo en la medida que se admite el papel constructivo y, en el límite, creativo, de la función judicial. En este sentido, en la motivación de las sentencias se va sedimentando y proyectando hacia el futuro el producto de la tarea de articulación de criterios compartidos del decisión, que compete al juez. De este modo parece restaurarse una antigua relación entre la motivación y la certeza jurídica, que había tenido un papel significativo en la época del derecho común (*supra* §39), pero que el formalismo legalista que inspiró los proyectos codificadores había pretendido desterrar.

11.4. La motivación de las sentencias en serio

§166. Los argumentos que hemos considerado en las secciones anteriores sugieren que la publicidad de la justificación judicial tiene importantes funciones que cumplir en un Estado de derecho, aún una vez perdida la fe en la determinación *more geometrico* del derecho, que subyacía a su inicial institucionalización en los Estados liberales de Europa continental. Esas funciones muestran que el sentido político-jurídico de la exigencia de motivación no sólo se mantiene, sino que se fortalece a la luz de la imagen del poder del juez que resulta del desafío –abierto por la revuelta antiformalista– de repensar la epistemología del juicio judicial. Una vez que admitimos su responsabilidad constructiva y creativa, la exigencia de motivación de las sentencias resulta, con mayor urgencia, garantía de las partes frente al juez y condición de la legitimidad de su poder.

La responsabilidad de justificar públicamente, que de ese modo se configura, no se satisface, ciertamente, a través de la enunciación de cualquier conjunto de argumentos. Las funciones de la motivación sólo se satisfacen a través de una argumentación que dé cuenta de modo completo de la justificabilidad de la decisión judicial, la que, de acuerdo a la concepción que ha sido esbozada en el capítulo anterior, debería comprender la consideración del conjunto de argumentos jurídicos relevantes a la luz del caso y la enunciación de los criterios de valoración conforme a los cuales se pondera su fuerza, así como satisfacer las condiciones de racionalidad lógica,

a la luz de las exigencias de la racionalidad práctica, del “autoprecedente” (sobre esta justificación y un análisis de doctrina que sobre el particular ha desarrollado el Tribunal Constitucional español, véase GASCÓN ABELLÁN, 1991).

substantial y discursiva. Es, a mi juicio, con la herramienta de esa clase de concepción de la justificación judicial –que puede, por otra parte, especificarse en modelos de justificación referidos a los diversos ámbitos de la práctica jurídica, que gocen de cierta autonomía en sus valores justificativos y en sus convenciones interpretativas- que debieran evaluarse y criticarse los estilos de motivación vigentes en una práctica jurídica, así como la formulación legal y la interpretación dominante de la exigencia de motivación.

Hemos hecho ya referencia, en otra sección de este estudio (*supra* §97), a la insatisfacción que todavía domina la percepción que los juristas tienen, especialmente en algunos sistemas jurídicos de tradición continental, de las prácticas generales de motivación de las decisiones judiciales. Ese descontento tiene, según se recordará, como referente principal a un estilo de motivación que tiende a ocultar bajo el lenguaje de la evidencia, en lugar de justificar, las elecciones interpretativas entre argumentos contrapuestos que ha debido enfrentar el juez. He explicado anteriormente también por qué es a mi juicio equívoco hacer frente a esa insatisfacción a través de un requerimiento de transparencia al motivar (*supra* 9.5.). Es posible que esos llamamientos a la franqueza hayan pretendido y quizá tenido -en los años que siguieron al realismo jurídico en los Estados Unidos, posteriormente en Europa continental- una especie de efecto catártico, de apertura al reconocimiento público de la estrechez del molde formalista respecto de las responsabilidades efectivas del rol judicial. Pues ciertamente ese estilo, que un estudio comparado designa como “legalista, deductivo y magistral” (MACCORMICK y SUMMERS, 1991:448-450), intenta responder a las expectativas de un juez que debe limitarse a descubrir la única solución incontrovertiblemente correcta para todo caso jurídico, de modo que la deconstrucción de esa imagen imposible parece ser el paso previo a su abandono⁴⁵⁸. Sin embargo, la superación de esa imagen supone contar un sustituto epistemológicamente plausible y

⁴⁵⁸ La conexión entre estilo de motivación y comprensión compartida del rol judicial ha sido destacada también, en otro estudio comparativo sobre argumentación jurídica, por varios autores que notan que una evolución hacia un estilo argumentativo y sustantivo de motivación se ha producido en países que, como los escandinavos y Alemania, “están gradualmente abandonando el viejo modelo del rol judicial y han aceptado crecientemente en forma abierta su rol activo en los procesos de desarrollo y aún de creación del derecho” (MACCORMICK y SUMMERS, 1997:496). No me parece, entonces, que tenga del todo razón Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ cuando afirma que la persistencia del estilo formalista de motivación puede imputarse o bien al conformismo de la magistratura o a lo que llama el “perfil de tinte sacerdotal” de algunos jueces que portan la toga “con la conciencia del que se sabe partícipe *del misterio*, investido de la ‘unción carismática’ que produce haber ganado la oposición de ingreso en la magistratura” y que tienden “a ocultar en vez de explicitar, la *ratio decidendi* de las resoluciones que se pronuncian” (2000:6, 8).

normativamente aceptable que poner en su lugar⁴⁵⁹. Un llamamiento a la explicitación sincera de los motivos efectivos no puede, por razones conceptuales, servir entonces de guía; esa tarea sólo puede cumplirla una concepción de la justificación judicial que precise qué condiciones deberían satisfacerse para que la decisión judicial cuya corrección jurídica no pueda ser incontrovertiblemente demostrada pueda, con todo, considerarse justificada.

De la concepción de la justificación judicial que ha sido esbozada en el capítulo anterior hay un elemento que me parece especialmente significativo en su potencialidad crítica –y también reconstructiva– frente al estilo formalista de motivación. Se trata, como supondrá el lector, de las condiciones que pone la racionalidad discursiva a la justificación de la decisión judicial. Ellas requieren, según se sostuvo (*supra* §153), que la decisión no sólo sea justificada linealmente a partir de un conjunto coherente de argumentos, sino también en diálogo con las perspectivas de las partes y, eventualmente, con las perspectivas del resto de la comunidad jurídica, de manera que ella ofrezca respuesta a los contrargumentos que aquellas ofrecieron o que éstas hubieran podido ofrecer⁴⁶⁰. De este modo, al situar a la justificación de una decisión judicial en el contexto de controversias y desacuerdos en que tiene lugar, se asegura la representación y justificación de aquello que, desde la perspectiva de las partes o del público, constituye una elección del juez entre alternativas posibles⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Aun cuando no se refiere a la cuestión del estilo de motivación, Manuel ATIENZA ha diagnosticado recientemente en España la ausencia de “un modelo claro –y ampliamente compartido– de lo que debe ser –o de lo que debe hacer– un juez en el Estado de Derecho” (1999:37).

⁴⁶⁰ Esta exigencia de racionalidad puede a mi juicio ofrecer un criterio para abordar los problemas que plantea la evaluación de la suficiencia de la motivación (un esfuerzo que apunta en esta dirección y que podría ser reforzado a través de la noción de racionalidad discursiva es de varios autores que destacan la dimensión *dialéctica* de la motivación: vid. VOGLIOTTI,1996; IACOVIELLO,1997:226ss. e IGARTUA SALAVERRÍA,1998 y 2003:116ss.). Desde esa perspectiva la suficiencia de la motivación tendría que ser evaluada en concreto, a la luz del contexto de controversia y desacuerdos en que ha tenido lugar. Por otra parte, ella no supone que se deba dar, en todo caso, respuesta a todos los argumentos de las partes, sino que será necesario considerar sus relaciones de interdependencias –de modo que usualmente bastará dar respuesta a los contrargumentos principales– así como su pertinencia y su razonabilidad. En cuanto a la necesidad de considerar eventuales argumentos relevantes desde la perspectiva de otros partícipes de la comunidad ella tendrá que definirse también en concreto, considerando la relevancia pública del caso (por ejemplo, si se trata o no de una cuestión constitucional), la posibilidad de que la decisión afecte a futuro, a través por ejemplo de su fuerza como precedente, a los intereses de ciertas clases de partícipes, etc.).

⁴⁶¹ Por otra parte, sólo si satisface esta condición la motivación de las sentencias parece poder servir como adecuada garantía del derecho de audiencia, dando cuenta a las partes que sus argumentos han sido considerados y desechados justificadamente.

En el perfeccionamiento de una concepción sólida de la justificación judicial, ajustada a una imagen plausible de las responsabilidades que competen al rol judicial, reside, a mi juicio, la clave para avanzar hacia una renovada cultura de la motivación, que le permita satisfacer adecuadamente las graves responsabilidades que sobre ella recaen en un Estado de derecho.

12.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

12.1. La motivación y los “verdaderos motivos” de la decisión judicial

§167. *La crítica al silogismo judicial y la sospecha frente a la motivación.* Los planteamientos de la revuelta antiformalista parecen tener consecuencias graves desde la perspectiva de la función político-jurídica de la motivación de las sentencias. Ellos parecen desembocar en la erosión de la confianza en esa institución como herramienta para el control público de la sujeción del juez a derecho, pues ponen en duda la posibilidad de un método de razonamiento capaz de llevar al juez a una conclusión objetiva a partir del sistema de normas jurídicas, que pueda ser expresado con transparencia luego en la motivación, para permitir a las partes y al público volver a recorrerlo y llegar a la misma, inevitable, conclusión.

Si la consecuencia de la crítica antiformalista es que la motivación sea mirada como una “fachada de justificación”, que oculta la elección entre alternativas de decisión así como los verdaderos factores que la determinan, entonces ya no parece posible, tras ella, fiarse en esa institución como garantía frente al poder del juez. Se podrá reconocer tal vez a la motivación una función legitimadora del poder del juez, al favorecer la reproducción de una falsa conciencia sobre el carácter determinado del derecho y confirmar a través de un lenguaje aséptico y una estructura deductiva la expectativa pública de una respuesta judicial cierta. Pero no parece posible creer ya en su función de exhibir y poner a prueba la legitimidad del ejercicio de ese poder. La

motivación no podría, desde esa perspectiva, impedir que el poder del juez siga manifestándose desnudo y libre de control, en aquellas elecciones que no pueden encontrar fundamento en el derecho.

§168. *La transparencia en la motivación como alternativa al pesimismo.* Contra las apariencias y a pesar de sus sospechas, los realistas no fueron del todo pesimistas respecto de la función institucional de la motivación de las sentencias. Consideraron, en cambio, que ella podría constituir una herramienta idónea para favorecer la previsibilidad y el control de las decisiones judiciales, siempre y cuando se avanzara hacia una práctica de argumentación judicial más transparente, de modo que la motivación dejara de ser una fachada ocultadora para volverse una cuenta pública de los verdaderos motivos de la decisión.

Recuperaban, de este modo, en el plano normativo, el vínculo conceptual entre motivación y motivos de la decisión que había sido distintiva de la noción formalista de la fundamentación de las sentencias. Insistían entonces en que la motivación debe explicitar con transparencia las razones efectivamente relevantes en la deliberación personal del juez, aunque ahora a partir de la convicción que esas razones no pueden agotarse en la sola invocación de la norma jurídica aplicable y que, por consiguiente, la fundamentación no debiera consistir en la pura inferencia deductiva de la conclusión.

A pesar de la atracción que la idea de transparencia en la argumentación judicial ejerce –y sigue ejerciendo sobre diversos juristas, críticos de las prácticas de fundamentación aún dominantes en algunos sistemas jurídicos de Europa continental-, es preciso concluir que ese camino para restaurar el sentido político-jurídico de la motivación de las decisiones judiciales no puede prosperar.

§169. *La prioridad del concepto justificativo de motivación.* La objeción básica contra un modelo normativo de motivación de las sentencias que requiera la expresión sincera de las razones efectivas del juez, apunta a mostrar que ese modelo no considera adecuadamente la distinción entre los conceptos de motivo y razón justificativa y que, de ese modo, ignora que la función justificativa de la fundamentación de las sentencias.

Esta crítica se suele formular recurriendo a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que la filosofía jurídica ha importado de la filosofía de la ciencia. Aunque la recepción de esta distinción no ha estado exenta de ambigüedades que han suscitado dudas acerca de su utilidad, ella resulta idónea, a nuestro juicio, para poner de relieve la diferencia entre la esfera interna de la deliberación (o el razonamiento decisorio) y la esfera pública de la argumentación (o el razonamiento justificativo).

Resulta de interés, además, complementar esa distinción con otra, proveniente esta vez de la filosofía de la acción. Se trata de la distinción entre la explicación y la justificación de la acción, que permite a su vez notar la diferencia entre la respuesta a la pregunta por los factores que han motivado al agente y aquella relativa a los factores que debieran motivarle (con independencia de que lo hagan o no).

Tomando en cuenta ambas distinciones es posible diferenciar tres clases de actos lingüísticos o discursos referidos a la decisión judicial: la descripción heurística del proceso psicológico de decisión, la explicación intencional de la acción de decidir y la justificación del enunciado (norma o calificación jurídica) que constituye el resultado de la acción de decidir.

No cabe duda que la motivación de una sentencia pertenece a la última de esas clases de actos lingüísticos. En las prácticas jurídicas en que las sentencias son motivadas, le atribuimos sin duda a la motivación el propósito evaluativo –el propósito de atribuir a la decisión el valor de la corrección conforme a derecho- que es distintivo del acto de justificar.

La conclusión que se sigue es que la motivación es una clase de justificación. En consecuencia, una exigencia de sinceridad en la motivación que simplemente requiera al juez transparentar sus motivos, cualesquiera que ellos sean, es inconsistente con lo que entendemos que se hace al motivar una decisión judicial, esto es, justificarla. Pues del sólo hecho que una clase de consideración haya motivado efectivamente al juez no se sigue que ella pueda valer como (buena) razón justificativa. El único reclamo de transparencia compatible con un concepto justificativo de motivación es el que requiere al juez mostrar que ha actuado efectivamente movido por las razones apropiadas, por las que debían motivarlo. El realismo norteamericano no parece, sin embargo, haber reparado en la necesidad de un análisis normativo de las razones judiciales.

§170. *El desinterés del realismo jurídico por el problema de la justificación de las decisiones judiciales.* El error que cabe atribuir al realismo jurídico es, por consiguiente, la insuficiente atención que prestó al problema de determinar qué es lo que puede valer como razón justificativa de una decisión judicial.

No se trata, en nuestra opinión -como se suele, en cambio afirmar-, de una confusión entre los contextos de descubrimiento y de justificación, que se siga sin más de la crítica del realismo al silogismo judicial. Los realistas podrían haber negado la validez de modelo deductivo respecto de ambos contextos sin incurrir en ninguna confusión conceptual (sin perjuicio, por cierto, de haber tenido que enfrentar otra clase de dificultades), si lo hubieran hecho por razones distintas para uno y otro. Su yerro residió en haber recurrido al mismo argumento –la ineptitud de ese modelo para

representar con fidelidad el razonamiento decisorio del juez- para rechazarlo también como patrón para la motivación de las sentencias.

La otra cara de ese mismo error del realismo consistió en recomendar a los jueces transparentar las razones que, de acuerdo a sus indagaciones empíricas, los motivaban efectivamente a decidir, sin considerar con cuidado la cuestión del valor justificativo de esa clase de razones. Pues no se encuentra, en los planteamientos realistas, un análisis detenido ni de los problemas de la justificación instrumental de la regla de decisión, ni de la justificación particularista, que son los modelos de motivación que parecen suponer, respectivamente, los rule-skeptics y los fact-skeptics.

En definitiva, el interés del realismo por la justificación judicial parece haberse agotado en la negación de la capacidad justificativa del sistema jurídico, a través de la tesis de la indeterminación del derecho. En ese contexto, el requerimiento de transparencia en la motivación es sólo un espejismo que, a pesar de las apariencias, no proporciona una vía para reconstituir el sentido jurídico-político de la motivación, pues ignora su función justificativa.

12.2. La motivación y la sinceridad del juez

§171. *Otras versiones del reclamo de transparencia en la motivación.* La seducción que la idea de transparencia en la argumentación judicial ejerce como vía para reforzar el rol garantista de la motivación ha alcanzado también a juristas perfectamente concientes de la distinción conceptual entre descubrimiento y justificación, entre razones explicativas y razones justificativas. Me refiero al reclamo de franqueza en la motivación que encontramos en autores contemporáneos como TARUFFO, PRIETO SANCHÍS, ANDRÉS IBAÑEZ o GUASTINI, quienes explícitamente recurren a la distinción entre los dos contextos y prestan especial atención al contexto de justificación.

Parece razonable, por lo tanto, suponer que el sentido en que estos autores hablan de transparencia en la motivación es diferente al empleado por los realistas norteamericanos y compatible con el concepto justificativo de motivación. No es claro, sin embargo, qué es exactamente lo que reclaman, ni tampoco se trata de un reclamo relevante desde el punto de vista de la reconstitución del sentido político jurídico de la exigencia de motivación.

§172. *La sinceridad como exclusión de la argumentación estratégica.* Una primera forma de entender ese reclamo de transparencia consiste en traducirlo bajo la forma de

una exigencia de sinceridad en la argumentación, en el sentido de excluir que el juez invoque premisas y sostenga conclusiones en cuya validez no crea. Al hablar de transparencia se estaría proscribiendo entonces la simulación, esto es, el uso estratégico de la argumentación a fin de dejar ocultas otras razones que hayan sido efectivamente determinantes en la deliberación del juez, pero que no es correcto u oportuno publicitar.

Esta interpretación de la exigencia de sinceridad es perfectamente compatible con el concepto justificativo de motivación. De hecho ella presupone que sabemos qué razones son apropiadas para la justificación judicial y qué razones sólo podrían ser, en cambio, mantenidas en reserva por el juez. Esto significa, sin embargo, que el requerimiento de sinceridad da por supuesto precisamente aquello que la revuelta antiformalista había vuelto un problema, esto es, que es posible la justificación judicial en la estación del desencanto, que es posible determinar qué debe valer como razón justificativa de la decisión judicial una vez que reconocemos el carácter indeterminado del derecho.

De ahí que la exigencia de transparencia entendida de ese modo no pueda constituir una vía autónoma hacia el restablecimiento de la confianza en la motivación (como en cambio pretendía serlo la versión sostenida por el realismo), pues supone necesariamente la concurrencia de una teoría o doctrina de la justificación judicial. Pero además resulta, a nuestro juicio, muy limitada la contribución que esa exigencia puede significar como complemento para el logro de ese fin.

La irrelevancia de la aportación de esa exigencia de sinceridad se debe a que ella hace referencia a una condición que presuponemos cuando reconocemos, por su aspecto externo, un acto lingüístico como justificación. Si bien la creencia en la verdad o en la corrección de las premisas que se invocan es, en este sentido, un aspecto definitorio del acto de justificar –y también, por consiguiente, del acto de motivar una decisión judicial-, al momento de calificar un acto particular como justificación las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto admiten generalmente su atribución sin necesidad de que se compruebe la presencia efectiva de ese estado intencional –y lo mismo ocurre tratándose del concepto de motivación. Si estas reglas lingüísticas parecen sensatas a la luz de la dificultad que supone la prueba de un estado mental, con mayor razón parece sensato que en aquellos sistemas que prevean un deber de motivación de las decisiones judiciales, así como mecanismos institucionales para el control de su satisfacción, se atienda a la adecuación y suficiencia de las razones expresadas en la sentencia y no a la buena o mala fe con la que sean sostenidas.

Resulta arduo pensar, entonces, que una condición que normalmente damos por supuesta y cuya comprobación daría lugar a graves dificultades, pueda ser

significativa en el restablecimiento de la función garantista de la motivación. Todo parece indicar que el camino para la reconstrucción del sentido político jurídico de la motivación debería discurrir por la esfera pública de los argumentos y su posible evaluación y control, más que por la esfera menos accesible de los motivos y las intenciones. Este presagio se confirma incluso si consideramos que las herramientas institucionales que en nuestros sistemas jurídicos tutelan la independencia y la imparcialidad de los jueces –las limitaciones al derecho de asociación y el régimen de incompatibilidades, en un caso, y la abstención y la recusación, en el otro– constituyen garantías de la sinceridad de la argumentación judicial, porque persiguen evitar que el juez se vea expuesto a la influencia de factores no publicables en la motivación. Esta interpretación de los resguardos de la independencia y la imparcialidad judicial confirma precisamente que la sinceridad del juez al motivar sólo puede, sensatamente, ser presupuesta; ella corrobora que no tiene sentido someter a control ex post la sinceridad de la motivación, sino sólo precaver ex ante que ella pueda ser tranquilamente presupuesta.

§173. *La sinceridad como requerimiento de plenitud de la motivación.* Es posible intentar todavía otra interpretación de la exigencia de transparencia en la motivación, que parece corresponder mejor, por lo demás, a la intención de los juristas -TARUFFO, PRIETO SANCHÍS, ANDRÉS IBÁÑEZ, GUASTINI y otros- que actualmente la formulan. Se trata de entender que a través de ella se reclama una motivación completa, que comprenda no sólo la enunciación de las premisas de las que se sigue la conclusión, sino también la justificación de la construcción de esas premisas que el juez ha seleccionado entre otras posibles. Eso es lo que esos autores requerirían al exigir que se expliciten y justifiquen las elecciones que ha debido enfrentar el juez en su deliberación.

El problema, sin embargo, de configurar un modelo de motivación completa sobre la base de una exigencia de transparencia de las elecciones del juez, es que el control de la satisfacción de ese modelo por una motivación concreta parece quedar enfrentado a dificultades análogas a las que suscitaba la verificación de la coincidencia entre las razones justificativas enunciadas por el juez y sus motivos internos. Pues también para saber si el juez ha sido efectivamente transparente, si ha justificado todas las elecciones entre premisas alternativas que ha realizado, será necesario emprender una indagación, extremadamente difícil, del itinerario mental que ha seguido el juez al deliberar.

Parece nuevamente más sensato –como, por otra parte, parecen sugerir algunos comentarios de los autores citados- atender a un referente público para establecer la

plenitud de la motivación. Ese referente no puede ser otro que el contexto de desacuerdos razonables en el que una determinada decisión judicial ha tenido lugar. Ese contexto indicará los puntos controvertidos acerca de los cuales el juez ha debido tomar posición justificadamente. Si esta es la clase de cotejo relevante a fin de determinar la plenitud de la motivación, entonces hablar de “transparencia” de las “elecciones del juez” –dos expresiones que aluden a la deliberación interna del juez– resulta, sin embargo, desorientador. Más acertada parece la defensa –emprendida recientemente por autores como VOGLIOTTI, IACOVIELLO e IGARTUA SALAVERRÍA– de la “dimensión dialéctica” de la motivación, que requiere no sólo la justificación lineal del fallo, sino también la justificación de la derrota de las hipótesis alternativas de formulación de sus premisas normativas o fácticas, (al menos de las) enfrentadas por el juez en el debate procesal.

Con todo, aun reformulada de este modo, la exigencia de transparencia no constituye un atajo que permita eludir la pregunta por la plausibilidad y las condiciones de la justificación judicial en la estación del desencanto. Si lo que se reclama a través de ella es una motivación completa, que comprenda también, cuando se trata de un caso difícil, la justificación de la construcción de las premisas normativas, se está suponiendo que es posible o tiene sentido la justificación de la decisión judicial aún cuando el derecho no determine con certeza frente al caso una única respuesta correcta. Se confirma entonces que esta es la cuestión básica a abordar para intentar reconstituir un posible sentido garantista para la exigencia de motivación de las sentencias.

12.3 La motivación y la posibilidad de la justificación judicial

§174. *La indeterminación del derecho y la aporía de la justificación judicial.* La conclusión que se sigue del análisis de los diversos reclamos de transparencia en la motivación que han sido examinados es que la reconstrucción del sentido político jurídico de esa institución sobre bases diversas a las que proporcionaba la teoría formalista del derecho y de la decisión judicial pasa, inevitablemente, por determinar si sigue siendo posible hablar, en ese nuevo contexto teórico, de justificación judicial.

A la luz de la concepción formalista de la justificación judicial la admisión de la indeterminación del derecho constituye un escollo insalvable, que hace imposible, en los casos en que tiene lugar, la justificación de la decisión judicial. Según esa concepción, justificar una decisión judicial significa demostrar que ella es jurídicamente debida, probando que se sigue lógicamente de la premisa mayor

constituida por una norma jurídica general que prescribe que a un cierto caso genérico debe correlacionarse una cierta consecuencia normativa y la premisa menor formada por una descripción de un caso particular que lo subsume en la clase designada por el caso genérico. Admitir la indeterminación del derecho implica reconocer que no es posible establecer la corrección la premisa mayor de la justificación –como ocurrirá si admitimos la existencia de lagunas, de antinomias irresolubles o de ambigüedades insalvables en atención al contexto- o bien de la premisa menor –si admitimos como factor de indeterminación la vaguedad de las expresiones jurídicas (pues no será posible entonces establecer si el caso particular es subsumible o no bajo el concepto que define el caso genérico). Si no es posible establecer la corrección, desde el punto de vista del derecho, de la premisa mayor o de la premisa menor del argumento, entonces no podrá seguirse lógicamente la corrección jurídica de la conclusión. Dado que, de acuerdo a la teoría formalista –que revela en este punto sus presupuestos epistemológicos fundacionalistas y sus presupuestos políticos legalistas -, la justificación de la decisión judicial se identifica con la demostración de su corrección jurídica, si ésta no es posible, entonces es imposible la justificación de la decisión.

§175. *Las variables de la discusión contemporánea sobre la justificación judicial.* La teoría jurídica contemporánea aborda de diversas maneras la incomodidad que supone la idea de decisiones judiciales carentes de fundamento. En primer lugar, la tesis de la indeterminación del derecho no es asumida como un punto de partida unívoco, de modo que son diversas las concepciones acerca de la posibilidad y los límites de la justificación jurídica, que se enfrentan en actual debate iusfilosófico. Esas concepciones expresan, a su vez, diversas perspectivas ontológicas y epistemológicas acerca del derecho y, en la medida en que admiten su indeterminación, también toman posición en la discusión acerca de la posibilidad y las condiciones de la justificación práctica general.

Entre las diversas teorías acerca de la justificación judicial que de esa forma se delinearán hemos concentrado la atención en cuatro que resultan especialmente significativas: el escepticismo radical de los Critical Legal Studies, el modesto objetivismo del positivismo jurídico, la teoría interpretativa de *Dworkin* y la teoría procedimental en la que coinciden los teóricos de la argumentación jurídica⁴⁶².

⁴⁶² Reitero aquí que se ha dejado análisis fuera del siguiente análisis a las concepciones que asuman el realismo metafísico como tesis ontológica acerca del derecho y de la moral (las razones de esa restricción pueden verse *supra* §131).

§176. *La indeterminación radical y la paradoja del escepticismo.* Para los herederos del legado crítico del realismo norteamericano, la aporía de la justificación judicial no sólo es irresoluble, sino que ella asedia de modo general a la jurisdicción, puesto que el derecho es radical y no sólo parcialmente indeterminado.

Con variados argumentos, los critical legal scholars pretenden mostrar que la búsqueda de un criterio fijo de corrección jurídica carece, en todo caso, de sentido. La corrección jurídica de una decisión judicial resulta, para esos autores, o bien una ilusión imposible, o bien un efecto retórico que otro juez, en otras circunstancias, habría podido producir para la solución contrapuesta. La conclusión que coligen es que la justificación jurídica –en el sentido de una justificación que pueda verificarse con autonomía respecto de disputas y elecciones ideológicas- es, en todo caso, imposible. Esta aporía no puede, a su juicio, superarse, ni aun si dejamos de lado el presupuesto político de la teoría formalista de la justificación judicial –que sólo admite como justificación válida de la decisión judicial su justificación jurídica- y desplazamos la búsqueda de razones justificativas al ámbito moral o político, pues tampoco en este terreno es posible aspirar al refugio seguro del fundamento objetivo.

En nuestra opinión las conclusiones radicalmente escépticas de los Critical Legal Studies no logran resistir a dos objeciones. La primera afecta a aquellos –a quienes metafóricamente hemos caracterizado como “ateos”- que sostienen la indeterminación global del derecho. Ella reside en su incapacidad para dar cuenta del reconocimiento, en nuestras prácticas jurídicas, de ciertos casos como casos paradigmáticos de aplicación correcta de una regla. Esta objeción apunta a sostener algo en lo que, de diferentes formas y con diferentes énfasis, coinciden las demás teorías de la justificación judicial que hemos examinado: que no todo vale en la argumentación jurídica.

La segunda objeción es más general –afecta también al “agnosticismo” de D. KENNEDY- y tiene que ver con la paradoja que debe enfrentar el escéptico cuando niega la posibilidad general de la justificación práctica y afirma al mismo tiempo que sus conclusiones no conducen al nihilismo. Si un escéptico afirma que sigue teniendo sentido creer en y defender un cierto curso de acción o un proyecto político, entonces no puede negar su justificabilidad, no puede negar que cree que hay razones para considerarlo correcto, aún cuando no pueda demostrar su corrección. Esta segunda objeción lleva a discutir la pertinencia, para el análisis del problema de la justificación judicial, de la noción general de justificación en que los teóricos críticos apoyan sus conclusiones escépticas, que no es sino la misma noción fundacionalista que suponía el formalismo.

§177. *La excesiva modestia del positivismo.* La preocupación central del positivismo jurídico con respecto al problema de la justificación judicial ha consistido en establecer un deslinde entre casos fáciles –respecto de los cuales el derecho se encuentra determinado- y casos difíciles –para los que el derecho resulta indeterminado-, de modo de preservar para los primeros la posibilidad de una justificación jurídica de las decisiones judiciales .

La concepción positivista de la justificación jurídica en los casos claros coincide con la noción distintiva de la teoría formalista y satisface tanto sus condiciones como sus supuestos epistemológicos. En esa clase de casos resulta posible, desde esa perspectiva teórica, fundar la corrección de la premisa mayor del razonamiento justificativo y del enunciado que califica o subsume el caso particular en la existencia de ciertos hechos convencionales, esto es, en ciertas fuentes normativas convencionalmente identificadas y en ciertas convenciones sobre el uso del lenguaje, que son epistémicamente independientes del sujeto que decide o evalúa la decisión. Unas y otras se presentan, por consiguiente, respecto de esos casos, como fundamentos objetivos –dotados de objetividad “mínima” o “modesta”- a partir de los cuales resulta posible demostrar la corrección jurídica de una decisión judicial.

Más allá del límite de los casos claros, la justificación jurídica, entendida de ese modo, no resulta posible. Reconocer que en los casos difíciles la decisión es, desde el punto de vista del derecho, discrecional, no supone admitir, sin embargo, sostienen los autores positivistas, su inevitable arbitrariedad. La decisión discrecional del juez, dicen, debe poder fundarse en razones generales que la justifiquen, aún cuando no puedan demostrar su corrección. De este modo, dan simplemente por supuesto que tiene sentido hablar de justificación judicial en los casos difíciles, sin considerar que eso entraña el recurso a una noción de justificación que no sólo se aparta de los presupuestos jurídico-políticos de la concepción formalista (i.e. que una decisión judicial sólo resulta justificable si es demostrable su corrección jurídica), sino también de sus presupuestos epistémicos fundacionalistas (i.e. que una conclusión sólo resulta justificable si es demostrable su corrección).

La respuesta que el positivismo analítico ofrece a la aporía de la justificación judicial es, por consiguiente, limitada y parcial. Su contribución central consiste en ofrecer razones para negar la imagen escéptica de las formulaciones normativas como recipientes vacíos en que el intérprete pueda verter a su antojo cualquier contenido significativo, así como para reconocer que ellas poseen, por el contrario, el significado que resulta de su uso regular. Sin embargo, al reducir, en su explicación, el papel justificativo del derecho –la guía que el derecho puede proporcionar a la deliberación

del juez- a los casos en que existe acuerdo general respecto de su inclusión en el ámbito de aplicación de una regla, restringe excesivamente la noción de justificación jurídica.

Parece sensato, a nuestro juicio, hablar también de justificación jurídica tratándose de casos controvertidos -en los que se discrepa genuinamente acerca de lo que las reglas jurídicas exigen-, para designar los argumentos con que se sostiene la mayor corrección de una de las soluciones en disputa, aun cuando no podamos aspirar a que la discusión se cierre a través de la necesidad incontrovertible de la demostración. De lo contrario, no resulta posible dar cuenta del sentido y la función justificativa de ciertas clases de razones -como las de coherencia con los principios justificativos de cierta regla, institución o ámbito normativo- que solemos considerar como distintivos de las prácticas de argumentación jurídica y que característicamente son invocados tratándose de casos difíciles. Eso supone sin embargo, ir más allá del análisis positivista y poner en cuestión la adecuación de la noción fundacionalista de justificación.

§178. *La teoría interpretativa del derecho y los riesgos del Olimpo.* Ronald DWORKIN da ciertamente ese paso más allá y discute profundamente los supuestos epistémicos de la concepción formalista de la decisión judicial, articulando una noción coherentista de la justificación jurídica.

De acuerdo a su postura epistémica no hay un fundamento exterior, desligado de las convicciones que constituyen una teoría interpretativa de la práctica jurídica, que pueda servir como soporte último para la justificación de la corrección de una decisión judicial. La justificación de la solución a un caso particular no consistirá, por consiguiente, en la demostración universalmente válida de su corrección a partir de premisas ciertas, sino en su inferencia a partir de premisas que se ajustan al esquema conceptual que ofrece, a juicio del intérprete, la mejor reconstrucción de la práctica.

DWORKIN extiende así la posibilidad de hablar de “corrección jurídica” y de “justificación jurídica” al ámbito de los casos difíciles o controvertidos. De ese modo se da cuenta de como en esos casos el desacuerdo no conduce usualmente al reconocimiento de que los argumentos a favor de las distintas soluciones se encuentran tan equilibrados que no es posible sostener la corrección de una u otra, sino a que cada partícipe ofrezca argumentos para sostener que su teoría es la mejor y que la respuesta que ella justifica es la correcta. Por otra parte, se mantiene de esa forma la conexión entre las nociones de corrección, justificación y objetividad, aunque no se trate ya de una objetividad externa al intérprete, sino del límite que algunas de sus creencias acerca de la práctica jurídica significan respecto de otras.

Esa ampliación y redefinición epistémica de la justificación jurídica nos parece el aporte más significativo de los planteamientos de DWORKIN. Su debilidad, en cambio, reside, a nuestro juicio, sobre todo en su carácter monológico. Esa concepción de la justificación judicial enfatiza el papel de las convicciones personales y destaca como la verdad no puede ser sino “verdad para nosotros”, fruto de la “inspección reflexiva” de la solidez de nuestras creencias a través de una “conversación con nosotros mismos”, pero borra toda huella del contexto controversial en el que la decisión judicial tiene lugar y no ofrece relevancia alguna a la perspectiva y las convicciones de los otros participantes con los que el juez comparte la empresa colectiva del derecho. El modelo del juez hercúleo que DWORKIN nos propone parece estar, en este sentido, demasiado solo en el Olimpo de su conciencia.

§179. *Las teorías de la argumentación jurídica y la racionalidad discursiva.* Las teorías de la argumentación jurídica que hemos examinado coinciden con los planteamientos de DWORKIN, en el sentido de negar que, al menos para la comprensión del razonamiento jurídico (y, en general, del razonamiento práctico), sean adecuadas las nociones de objetividad, corrección y justificación ligadas al realismo científico. Ambas concuerdan en abordar la pregunta por la justificación de las decisiones judiciales a la luz de una postura epistémica coherentista. Sin embargo, mientras DWORKIN intentaba restaurar, en ese nuevo marco, el aspecto interno de la idea clásica de corrección de una respuesta judicial, relativo a los límites a la deliberación del intérprete, la aportación más interesante, a nuestro juicio, de las actuales teorías de la argumentación jurídicas, reside en la atención que prestan en cambio a su aspecto público (o intersubjetivo), esto es, a la pretensión de validez universal ligada a la noción clásica de corrección.

El concepto clave, a través del cual se reformula esa pretensión en el ámbito del razonamiento práctico, es el de la aceptabilidad racional de un enunciado normativo por todos los posibles afectados. Su definición remite a un conjunto de condiciones procedimentales que aseguren la consideración de todos los intereses relevantes, así como la competencia sin coerción en torno a los mejores argumentos. Esas condiciones, relativas a la actividad de fundamentar un enunciado normativo, comprenden exigencias de racionalidad lógica, exigencias de racionalidad sustancial -referidas a la calidad de las premisas invocadas- y exigencias pragmáticas -referidas al comportamiento de los hablantes.

Tratándose de la justificación de una decisión judicial, las dos primeras clases de exigencias requieren la consistencia lógica, la universalización y la composición coherente de las razones (así como de las reglas de prioridad y las cargas de

argumentación) que puedan sostenerla. Aun cuando la última condición revela la proximidad de esta concepción de la justificación judicial con la concepción coherentista delineada por DWORKIN, merece la pena notar una diferencia. Pues aun cuando la racionalidad sustantiva de una decisión judicial requiera que el “paradigma jurídico” compartido por una cierta comunidad sea interpretado, en cuanto sea posible, como un sistema coherente, ella no exige que en todo caso controvertido se desarrolle – como requería en cambio la concepción de la justificación judicial sostenida por DWORKIN- una teoría comprensiva de la práctica jurídica. El nivel apropiado de teorización resultará determinado por el propio juego de argumentación (específicamente, por la clase de argumentos sistemáticos que se esgriman), de modo que, aunque es posible, no es necesario que en todo caso se llegue al mayor grado de elevación y abstracción.

La diferencia que acabamos de notar da cuenta ya de la relevancia que las teorías de la argumentación jurídica reconocen al contexto concreto de controversia en que una cierta decisión judicial tiene lugar. La apertura a la necesidad de tomar en cuenta la perspectiva y las convicciones de los otros partícipes de la práctica jurídica se aprecia con mayor claridad en la atención que ellas prestan a la estructura comunicativa del discurso práctico racional. En términos generales un enunciado normativo resulta aceptable desde la perspectiva de la racionalidad discursiva si constituye el resultado de un procedimiento argumentativo que se aproxime en el mayor grado posible a la situación ideal de deliberación. Al momento de precisar qué condiciones pragmáticas debería satisfacer el procedimiento judicial y el proceso argumentativo que se desarrolla en ese marco institucional, para aproximarse en la mayor medida posible al ideal discursivo, los teóricos de la argumentación jurídica que hemos considerado ofrecen escasas precisiones. Ellos parecen asumir, en términos generales, sin considerar críticamente, la estructura procedimental determinada legalmente.

En ese sentido no toman en cuenta que, para comenzar, la propia figura del juez constituiría una anomalía desde el punto de vista del modelo discursivo, en la medida que significa que el procedimiento concluye a través de la decisión autoritativa y no a través del acuerdo de los afectados. Por otra parte, el procedimiento para la determinación de la respuesta jurídica a casos particulares no parece asimilable sin más a un procedimiento para la justificación de normas. Puesto que se trata de la justificación de un enunciado normativo particular parece más adecuada su calificación como un procedimiento práctico de aplicación, que sea capaz de garantizar la consideración imparcial de todas las circunstancias del caso que sean relevantes para una interpretación coherente de todas las normas aplicables. En esa clase de

procedimiento pasan a primer plano los intereses y las perspectivas de interpretación de las partes concretas directamente implicadas, sin perjuicio de que se haya de conservar simultáneamente la conexión con la estructura general de perspectivas relevantes en la fundamentación de las normas cuya validez se da por supuesta.

Desde el punto de vista de su dimensión institucional, ese modelo requeriría al menos el carácter contradictorio del procedimiento, así como el aseguramiento de iguales oportunidades a las partes para la presentación de alegaciones y pruebas. Aunque las partes actúen estratégicamente e interpreten el derecho a la luz más favorable para sus propios intereses, ese ejercicio dialéctico contribuye, desde la perspectiva del juez, a un juicio más imparcial. En el contexto de un procedimiento contradictorio, el juez resuelve imparcialmente si decide de acuerdo a la fuerza del mejor argumento, siendo capaz de sostener, con argumentos apropiados, frente a la otra parte –y frente al resto de la comunidad jurídica- la mayor corrección de una de las soluciones en disputa. Eso significa que, desde el punto de vista de la racionalidad discursiva, no es suficiente que la decisión sea justificable linealmente a partir de un conjunto coherente de argumentos, sino que se requiere también su justificabilidad en diálogo con las perspectivas de las partes y, eventualmente, con las perspectivas del resto de la comunidad jurídica.

§180. *La justificación posible de las decisiones judiciales.* La reflexión acerca de la estructura discursiva del procedimiento judicial nos llevaba a concluir, casi mordiéndonos la cola, que la publicidad de las razones judiciales, parece ser una condición de la racionalidad de las decisiones judiciales. Esta última conclusión nos conduce raudamente de la pregunta por la posibilidad de la justificación judicial a la necesidad de su expresión pública. Merece la pena, sin embargo, fijar, antes de dar ese paso, ciertas conclusiones generales relativas a la primera pregunta, a las que es posible arribar, en nuestra opinión, tras este recorrido por la discusión teórica contemporánea sobre la justificación judicial.

En primer término, no parece razonable reducir la posibilidad de justificación jurídica de una decisión judicial a aquellos casos en que sea posible demostrar de modo incontrovertible su corrección conforme a derecho. Esta noción de la justificación jurídica no permite, a nuestro juicio, dar cuenta del modo en que el derecho guía la deliberación del juez también tratándose de casos controvertidos.

Una noción diversa de justificación jurídica debe apoyarse en una tesis plausible acerca de la ontología del derecho y de la clase de epistemología que ella requiere, de modo de superar las limitaciones de la noción de justificación ligada al fundacionalismo epistémico sostenido por la teoría formalista y también por el positivismo hartiano.

Asumida una posición constructivista respecto del derecho, la caracterización más plausible de la práctica social en que el derecho consiste es, en nuestra opinión, la que proporciona el convencionalismo profundo, en los términos propuestos por Juan Carlos BAYÓN. Desde esa perspectiva si bien la existencia de cualquier práctica social normativa requiere criterios de corrección compartidos, no parece necesario para poder afirmar que la comunidad comparte ciertos criterios de corrección el que cada uno –ni siquiera que algunos- de sus miembros pueda articular y expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en las aplicaciones efectivas de los mismos. La existencia de criterios públicos se muestra o exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de las reglas convencionalmente identificadas y de las convenciones interpretativas, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. De este modo, la falta de acuerdo en torno a un caso no nos sitúa necesariamente más allá del límite de nuestras convenciones, sino que hace necesaria la articulación de algún aspecto del trasfondo de criterios compartidos que hasta ese momento no había sido articulado. Desde el punto de vista epistémico esa articulación de los criterios de corrección compartidos se realiza a través de un razonamiento coherentista, que, partiendo de lo que a primera vista parecen ser casos paradigmáticos, intente establecer qué es lo relevante en ellos, formule hipótesis acerca de los criterios de aplicación que parecen poner de manifiesto y vuelva después a considerar otros casos que parezcan igualmente claros a fin de poner a prueba la admisibilidad de dichas hipótesis acerca de los contornos de nuestros criterios.

La ampliación del ámbito de posibilidad de la justificación jurídica, que de este modo admitimos, no excluye que haya casos en los que el derecho resulte indeterminado. En ellos la decisión judicial resultará propiamente creativa y será justificable sólo sobre la base de razones genuinamente morales. Esto no significa, por otra parte, que en el ámbito en que es posible la justificación jurídica, la tarea articuladora del juez no ponga en juego su responsabilidad política. Pues si bien desde la perspectiva del juez, que resuelve de acuerdo a su convicción sobre el mejor argumento, no habrá, en esos casos, elección, sí la habrá, en cambio, desde la perspectiva de quienes han ofrecido o han podido ofrecer interpretaciones plausibles y diferentes de la práctica jurídica. La responsabilidad política por esa decisión que, desde el punto de vista público, supone una elección sólo parece poder asumirse justificándola públicamente y en serio.

De nuevo hemos terminado hablando de la publicidad de las razones judiciales, que se nos presenta ahora como condición del ejercicio legítimo del poder del juez en la estación del desencanto. Lo que interesaba concluir antes de volver nuevamente la

mirada al sentido político jurídico de la motivación de las sentencias es, en síntesis, que tiene sentido hablar de justificación judicial aún en el contexto de la desencantada imagen del derecho que nos legara la revuelta antiformalista. Afirmar esa posibilidad ha supuesto, sin embargo, apartarnos de los presupuestos epistémicos y también de los presupuestos políticos, referidos a una determinada comprensión del rol legítimo de juez, propios de la concepción formalista de la justificación judicial.

12.4. El sentido institucional de la motivación en la estación del desencanto

§181. *La publicidad de la justificación y la sujeción del juez a derecho.* Además de concluir que la justificación de las decisiones judiciales sigue siendo posible en la estación del desencanto, cabe sostener también, a nuestro juicio, que la expresión pública de la justificación judicial no sólo sigue siendo deseable, sino que lo es en mayor medida que si nos encontráramos en el ilusorio mundo del formalismo.

La primera razón para sostenerlo sugiere que no es posible controlar la sujeción del juez a derecho si no se exhiben públicamente las razones que sostienen su decisión. Pues una vez que admitimos el carácter argumentativo del derecho –la posibilidad de que un argumento válido sea derrotado por otro, de acuerdo con convenciones interpretativas complejas-, así como la opacidad de la guía que las pautas convencionales pueden proporcionar en los casos controvertidos, la sujeción del juez a derecho no puede seguir siendo entendida –según pretendiera el proyecto ilustrado- como la sujeción a un resultado evidente. La sujeción a derecho sólo puede ser concebida como la sujeción a la fuerza del mejor argumento jurídico. De este modo, solamente conociendo el juego de argumentos jurídicos relevantes a la luz de un cierto caso y los criterios en que el juez ha basado su ponderación podremos evaluar si su decisión se ajusta a derecho.

§182. *La publicidad de la justificación y la legitimidad judicial en los límites del derecho.* La publicidad de la justificación también cobra relevancia adicional en la medida que se admite que en la estación del desencanto el rol del juez no se agota en la aplicación de un derecho que preexiste como un mero dato a constatar. Tanto porque las convenciones constitutivas de nuestra práctica jurídica poseen inevitablemente límites, como porque en no pocos casos el juez deberá articular criterios de corrección hasta entonces sólo tácita u opacamente compartidos, tiene sentido requerir al juez que

intente ganar argumentativamente la aceptación pública de su decisión acerca de cómo deberíamos vivir –en el primer caso- o de su convicción acerca de cómo hemos convenido vivir – en el segundo caso- y que, en cualquier caso, abra la discusión pública acerca de la aceptabilidad de ese criterio para futuras decisiones judiciales (o legislativas). Esta apertura al diálogo público parece la condición mínima de legitimidad de los poderes creativos y constructivos de la jurisdicción en una sociedad democrática.

§183. *La publicidad de la justificación y el derecho de audiencia.* Una tercera razón para defender con renovada fuerza la publicidad de la justificación judicial reside en la relevancia que el derecho de audiencia o de defensa adquiere cuando se reconoce el carácter argumentativo del derecho y se atribuye al juez la responsabilidad de resolver fundadamente sobre la base de todos los argumentos jurídicos relevantes a la luz del caso particular. Pues la virtualidad del derecho de audiencia y del contradictorio como garantías del ciudadano frente al juez resulta debilitada si las partes no reciben una respuesta justificada del juez, en la que dé cuenta que sus argumentos han sido seriamente considerados e imparcialmente ponderados.

§184. *Publicidad de la justificación, precedente y justicia formal.* Una última razón a favor de la publicidad de la justificación judicial reside en su funcionalidad respecto de cualquier clase de práctica de respeto al precedente. En la medida que haya razones para defender ésta última habrá, por tanto, argumentos adicionales para sostener el valor de la motivación. A nuestro juicio en un Estado de Derecho las exigencias de justicia formal y de igualdad permiten justificar al menos el reconocimiento de fuerza justificativa prima facie a los precedentes y la consiguiente asignación de la carga de justificar la adopción, en un caso sustancialmente semejante a alguno previamente resuelto, de un criterio interpretativo diferente. Por otra parte, en la medida que se admite el papel constructivo -y, en el límite, creativo- de la función judicial, esa regla argumentativa permite que el producto de la tarea de articulación –y, en el límite, de instauración- de criterios compartidos de corrección se establezca y proyecte con certeza hacia el futuro.

§185. *La motivación de las sentencias en serio.* Los argumentos expuestos en este epígrafe permiten concluir, en nuestra opinión, que la publicidad de la justificación judicial tiene importantes funciones que cumplir en un Estado de derecho, aún una vez perdida la fe en la determinación *more geometrico* del derecho, que subyacía a su inicial institucionalización en los Estados liberales de Europa continental. Una vez que

admitimos la dimensión constructiva y creativa de la función judicial, la exigencia de motivación de las sentencias resulta, con mayor urgencia, garantía de las partes frente al juez y condición de la legitimidad de su poder.

La responsabilidad de justificar públicamente, que de ese modo se configura, no se satisface, ciertamente, a través de la enunciación de cualquier conjunto de argumentos. Las funciones de la motivación sólo se satisfacen a través de una argumentación que dé cuenta de modo completo de la justificabilidad de la decisión judicial. Ella debería comprender la consideración del conjunto de argumentos jurídicos relevantes a la luz del caso y la enunciación de los criterios de valoración conforme a los cuales se pondera su fuerza, así como satisfacer las condiciones de racionalidad lógica, substancial y discursiva. Es, a mi juicio, con la herramienta de esa clase de concepción de la justificación judicial –que puede, por otra parte, especificarse en modelos de justificación referidos a los diversos ámbitos de la práctica jurídica, que gocen de cierta autonomía en sus valores justificativos y en sus convenciones interpretativas- que debieran evaluarse y criticarse los estilos de motivación vigentes en una práctica jurídica, así como la formulación legal y la interpretación dominante de la exigencia de motivación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, A. (1977): *On legal reasoning*, Turun Yliopisto, Loimaa.
- (1987): *Lo racional como razonable*, trad. cast. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - (1990): “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, trad. cast. J. Aguiló, *Doxa*, 8, pp. 23-38.
 - (1997): *Reason and authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*, Asghate, Dartmouth-Aldershot.
- AARNIO A., ALEXY R. y PECZENIK A. (1981): “The foundation of legal reasoning”, *Rechtstheorie*, 12, pp. 133-158, 257-279, 423-448.
- AAVV (1917): *Science of legal method*, Kelley & Rotman, N. York, 1969.
- AAVV (1988): *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padua.
- AGUILÓ, J. (1997): “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Isonomía*, N° 6, pp.71-79.
- (2003): “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, en *Jueces por la democracia*, N° 46, pp. 47-56.
- AJELLO, R. (1976): *Arcana Juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene Editore, Nápoles.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1971): *Normative systems*, trad. cast. de los autores, por la que se cita: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975), Astrea, Buenos Aires, 1987.
- (1989): “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *IDS*, 1991, pp. 303-328.

- (1991): *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid.
- ALESSI, G. (1989): “Processo penale (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, pp. 360-401.
- ALEXY, R. (1978): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- (1981): “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, Ed. Alfa, Barcelona, 1985, pp. 43-57.
- (1988a): “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, pp. 139-151.
- (1988b): “Idée et structure d’un système du droit rationel”, *Archives du philosophie du droit*, 33, pp. 22-38.
- (1994): “El concepto y la validez del derecho”, en ID., *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp.13-130.
- (1994b): “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, en ID., *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp.131-157.
- ALEXY, R. y PECZENIK, A. (1990): “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 bis, pp. 130-147.
- AMODIO, E. (1970): “L’obbligo costituzionale di motivazione e l’ istituto della giuria”, en *Rivista di diritto processuale*, XXV, pp. 444-465.
- (1977): “Motivazione della sentenza penale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milán.
- ANDERSON, B. (1995): “The case for re-investigating the ‘process of discovery’”, *Ratio Juris*, 8, n° 3, pp. 330-348.
- (1996): “Discovery” in legal decision-making, Kluwer, Dordrecht-Boston-Londres.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P. (1992): “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, pp. 257-299.
- (1994): “¿Neutralidad o pluralismo en la interpretación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en *Doxa*, 15-16, pp. 861-882.
- (1996): “No conviene ‘matar’ al ‘notario’. A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, pp. 45-56.
- (1998): “ ‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, *Revista del Poder Judicial*, 49, pp. 393-428.
- (2000): “El ‘velo’ de la justicia”, *Claves de razón práctica*, 102, pp. 4-11.
- ANZON, A. (1994): “La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)”, en A. RUGGERI (ed.) (1994).

- ARCOS RAMÍREZ, F. (2002): “La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIX, pp. 191-217.
- ASCHERI, M. (1995a): “Firenze dalla reppublica al principato: la motivazione della sentenza e l’ edizione delle pandette”, en Id., *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal medioevo all’ età moderna*, Il Mulino, Bolonia.
- (1995b): “I ‘grandi tribunali’ d’ Ancien Régime e la motivazione della sentenza”, en Id., *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal medioevo all’ età moderna*, Il Mulino, Bolonia.
- (1995c): “Indice delle raccolte di giurisprudenza”, *Tribunali, giuristi, istituzioni. Dal medioevo all’ età moderna*, Il Mulino, Bolonia.
- ATIENZA, M. (1990a): “On the reasonable in law”, *Ratio Juris*, Vol. 3, n° 1 bis, pp. 148-161.
- (1990b): “Para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 8, pp. 39-61.
- (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- (1993): *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 2000.
- (1995): “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, ahora en ID. (2001).
- (1999): “Virtudes judiciales. Selección y formación de jueces en el Estado de Derecho”, *Claves de razón práctica*, 86, pp. 32-42.
- (2001): *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México DF.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO J. (1996): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- ATIYAH, P.S. (1988): “Judgements in England”, en AAVV (1988).
- ATIYAH, P.S. y SUMMERS, R.S. (1987): *Form and substance in Anglo-American law. A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- ATRIA, F. (2001): *On law and legal reasoning*, Hart Publishing, Oxford.
- AUSTIN, J. (1962): *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. cast. de G. Carrió y E. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1982.
- BACHOF, O. (1959): *Jueces y Constitución*, trad. cast. R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 1985.
- BALDWIN, J. W. (1961): “The intellectual preparation for the canon 1215 against ordeals”, *Speculum*, 36, pp. 613-636.
- BANKOWSKI Z., MACCORMICK N., MORAWSK L. y RUIZ MIGUEL A. (1997): “Rationales for precedent”, en MACCORMICK y SUMMERS (eds.) (1997).

- BARCELONA, P. (1987): *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996.
- BARTHELEMY, D. (1988): “Diversité des ordalies médiévales”, *Revue Historique*, pp. 3-25.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1996): “Deber Jurídico”, en E. GARZÓN V. y F. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, pp. 313-331.
 - (2001): “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, pp. 35-62.
 - (2002): “Derecho, convencionalismo y controversia”, en P. NAVARRO y C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 57-92.
- BECCARIA, C. (1764): *De los delitos y las penas*, trad. cast. de J. A. de las Casas, FCE, México, 2000 (incluye facsímil de la primera edición italiana).
- BELLO, A. (1834): “Necesidad de fundar las sentencias”, en *El Araucano*, N° 197, 20 de junio, ahora en Id., *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, selección y prólogo de Agustín Squella, Edeval, Valparaíso, 1979, pp. 107-115.
- (1836): ., “Administración de justicia”, en *El Araucano*, N° 296, 6 de mayo, ahora en Id., *Obras completas*, Tomo IX, Santiago, 1885.
- BENTHAM., J. (1802): *Tratados de legislación civil y penal*, trad. cast. R. Salas, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- (1823): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. cast. M. Ossorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- BERGHOLTZ, G. (1990): “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre el significado de las decisiones razonadas”, *Doxa*, 8, pp. 75-85.
- BERMAN, H.J. (1983): *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Harvard U. Press.
- BIX, B. (1993): *Law, language and legal determinacy*, Oxford U. Press, Oxford, 2003.
- BOBBIO, N. (1956): “Teoría del ordenamiento jurídico”, en *Teoría general del derecho*, trad. cast. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996.
- (1961a): *El positivismo jurídico*, trad. cast. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1998.
 - (1961b): *Derecho y lógica*, trad. cast. A. Rossi, UNAM, México DF, 1965.
 - (1963): “Lacune del diritto”, *Novissimo Digesto italiano*, vol. IX, UTET, Turín (también en GUASTINI, R. y COMANDUCCI, P., *Analisi del ragionamento giuridico*. Vol. II, Giappichelli, Turín, 1990).
 - (1984): “La democracia y el poder invisible”, en *El futuro de la democracia*, trad. cast. J.F. Fernández Santillán, FCE, Buenos Aires, 1993.
- BONNECASE, J. (1924): *L’ école de l’exégèse en droit civil*, Paris.

- BORRELLI, G. (1993): *Ragion di stato e Leviatano*, Il Mulino, Bolonia.
- BRAVO, B. (1988): “Arbitrio judicial y legalismo: juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, N° 32/33, pp. 65-82.
- BULYGIN, E. (1963): “El concepto de vigencia en Alf Ross”, ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991), pp. 339-353.
- (1966): “Sentencia judicial y creación de derecho”, ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991), pp. 355-369.
- (1980): “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, ahora en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991), pp. 371-382.
- (2000): “Alexy’s thesis on the necessary connection between law and morality”, en *Ratio Iuris*, Vol. 13, N° 2, pp. 133-137.
- BURTON, S.J. (1992): *Judging in good faith*, Cambridge University Press, Nueva York, 1994.
- CÁMARA VILLAR, G. (1993): *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- CAMPITELLI A. (1989): “Processo civile (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, pp. 79-101.
- CAPPELLETTI, M. (1984): *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán.
- CARACCILO, R. (2000): “Discreción, respuesta correcta y función judicial”, ponencia presentada en el *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*, 8-11 junio 2000, Puerto Iguazú, Argentina (disponible en www.islandia.law.yale.edu/sela/scaracciolo.pdf).
- CARETTI, P. (1990): “Motivazione (diritto costituzionale)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma.
- CARNAP, R. (1928): *La construcción lógica del mundo*, trad. cast. de L. Mues, UNAM, México D.F., 1988.
- CARRIÓ, G. (1961): “‘Los jueces crean derecho’ (Examen de una polémica)”, en CARRIÓ (1986).
- (1986): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CATTANEO, M. (1966): *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milán.
- (1992): “Separazione dei poteri e certezza del diritto nella Rivoluzione”, en Id. (ed.), *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese*, Giuffrè, Milán, pp. 7-56.
- CAVANNA, A. (1979): *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milán.

- CERDÁ RUIZ-FUNES, J. (1962): “En torno a la pesquisa y el procedimiento inquisitivo en el Derecho Castellano-Leonés en la Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 32, pp. 483-517.
- CHIASSONI, P. (1995): “L’analisi economica del diritto negli Stati Uniti d’America: formalismo o realismo?”, en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padua.
- (1997): “Notas para un análisis silogístico del discurso judicial”, *Doxa*, 20, pp. 53-79.
- (1999a): “L’interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive”, en BESSONE, M. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I: regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Turín.
- (1999b): “Lacune del diritto. Progetto di voce per un *vademecum* giuridico”, en BESSONE, M. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I: regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Turín.
- (1999c): *La giurisprudenza civile. Metodi d’analisi e tecniche interpretative*, Giuffrè, Milán.
- CLAVERO, B. (1979): “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 6.
- COHEN, F. (1935): “Transcendental nonsense and the functional approach”, *Columbia Law Review*, 35, pp. 809-849.
- COLEMAN, J.L. y LEITER, B. (1993): “Determinacy, objectivity, and authority”, *University of Pennsylvania Law Review*, 142 (ahora también en MARMOR, A. [ed.], *Law and interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1995).
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2003): *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- COMANDUCCI, P. (1992a): *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Turín.
- (1992b): “La motivazione in fatto”, en G. UBERTIS (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, pp. 215-244.
- (1994): “Aarnio ed il problema della certezza del diritto”, en en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, pp. 111-130.
- (1999a): “L’interpretazione delle norma giuridiche. La problematica attuale”, en BESSONE, M. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I: regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Turín.
- (1999b): “Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello”, en BESSONE, M. (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I: regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Turín.
- (1999c): *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. cast. Pablo Larrañaga, Fontamara, México D.F.
- CONDORCET (1782): *Observations sur le vingt-neuvième livre de l’Esprit des lois*, en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, vol. I.

- (1786): *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu*, en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, vol. VII.
- CORDERO, F. (1985): *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari.
- COSTA, P. (1974): *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè, Milán.
- (1990): “La alternativa ‘tomada en serio’: manifiestos jurídicos de los años setenta”, *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, N° 30: Italia, años setenta, pp. 161-203.
- COVER, R. (1993): *Derecho, narración y violencia*, trad. cast. C. Courtis, Gedisa, Barcelona, 2002.
- DAMASKA, M. (1986): *I volti della giustizia e del potere*, trad. italiana de A. Giussani y F. Rota, Il Mulino, Bolonia, 1991.
- D'AMICO, M. (1994): “Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense”, en AAVV (1994).
- DAWSON, J.P. (1960): *A history of lay judges*, Harvard U. Press, Cambridge.
- (1962): *The oracles of law*, Ann Arbour.
- DEWEY, J. (1925): “Logical method and law”, *The Cornell Law Quarterly*, 10, pp. 17-27.
- DICCIOTTI, E. (1999): *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Turín.
- (1999b): *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Turín.
- DOUZINAS, C. y WARRINGTON, R. (1994): *Justice miscarried. Ethics, aesthetics and the law*, Edimburgh U. Press, Edimburgo.
- DWORKIN, R. (1977): *Los derechos en serio*, trad. cast. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999.
- (1985): *A matter of principle*, Harvard U. Press, Cambridge Mass., 2000.
- (1986): *Law's Empire*, Harvard U. Press, Cambridge Mass., 2000.
- ELSTER, J. (1991): *Argomentare e negoziare*, trad. it. G. Rigamonti, Anabasi, Milán, 1993 (*Arguing and bargaining in two constituent assemblies*, Storr Lectures, Yale Law School, manuscrito).
- ERLICH, E (1903): *Judicial freedom of decision: its principles and objects*, trad. ingl. de E. Brunken, en AAVV (1917).
- ESMEIN, A. (1882): *Histoire de la procédure criminelle en France*, Verlag Sauer & Auverman KG, Frankfurt am Main, 1969.
- ESSER, J. (1972): *Precomprensione e scelta del metodo del processo di individuazione del diritto*, trad. it. S. Patti e G. Zaccaria, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1983.

- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (1990): *El voto particular*, CEC, Madrid.
- (1998): *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2000): *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid.
- FEYERABEND, P. (1975): *Tratado contra el método*, Tecnos, Madrid, 1986.
- FELMANN, (1966): *The defendant's rights under English Law*.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (1989): “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, nº especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, pp. 57-87.
- FERRAJOLI, L. (1989): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRER, J. (2002): *La prueba en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- (2003): “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, *Jueces para la democracia*, 47, pp. 27-34.
- FERRERES COMELLA, V. (1997): *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FILANGERI, G. (1774): *Riflessioni politiche sull' ultima Legge del Sovrano che riguarda la Riforma dell' amministrazione della Giustizia*, publicado como apéndice en la edición de S. Silvestri de la *Scienza della legislazione*, Milán, 1817-1818, vol. VI.
- (1780-1785): *Ciencia de la legislación*, trad. cast. J. Rubio, Imprenta de Nuñez, Madrid, 1822.
- FISHER, W., HORWITZ, M.J. y REED, T.A. (eds.) (1993): *American Legal Realism*, Oxford U. Press, Oxford-N.York.
- FOUCAULT, M. (1975): *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, trad. cast. de A. Garzón, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1998.
- (1978): *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México D.F.
- FOULKNES, A.S. (1969): “On the german free law school (freirechtsschule)”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, pp. 367-414.
- FRANK, J. (1930): *Law and the modern mind*, Peter Smith, Gloucester-Mass., 1970.
- (1949): *Courts on trial. Myth and reality in american justice*, Princeton U. Press, Princeton, 1950.
- (1951): “Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal Criticism”, *New York University Law Review*, 26, 4, pp. 545-633, trad. cast. de C.M. Bidegain, *Derecho e incertidumbre*, Fontanamara, México DF, 1993.
- (1963): “Prefacio” a *Law and the modern mind*, Peter Smith, Gloucester-Mass., 1970.

- FUCHS, E. (1912): *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe.
- FULLER, L. (1958): "Positivism and fidelity to law-a reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, pp. 119-62.
- (1978): "The forms and limits of adjudication", *Harvard Law Review*, 92, pp. 353-409.
- GALLEGO, E. (1973): *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1986): "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, pp. 151-182.
- (1997): "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, pp. 803-825.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998): *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (1999a): "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico", *Doxa*, 22, pp. 195-220.
- (1999b): "Palabras, palabras, palabras. Sobre lo que el Derecho le dice a los jueces", *Jueces para la democracia*, 36, pp. 58-66.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnanim, Valencia.
- GARGARELLA, R. (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona.
- GARRIGA, C. y LORENTE, M. (1997): "El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)", *Anuario Facultad de Derecho U. Autónoma de Madrid*, 1, pp. 97-142.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993): *La técnica del precedente y la argumentación jurídica racional*, Tecnos, Madrid.
- (1994): "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, pp. 63-87.
- (1999): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GENY, F. (1899): *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1932.
- (1919): "Épilogue" a la segunda ed. de *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris, 1932.
- GIANFORMAGGIO, L. (1983): "Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico", ahora en Id. (1986b), pp. 35-56.

- (1986a): “Modèle déductif, modèle inductif, modèle rhétorique du raisonnement juridique”, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, pp. 39-56.
 - (1986b): *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Turín.
 - (1986c): “Certeza del diritto”, en Id. (1986b), pp. 155-169).
 - (1993a): “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 14, pp. 159-167.
 - (1993b): “Diritto e ragione tra essere e dover essere”, en Id. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- GIANFORMAGGIO, L. (ed.) (1999): *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- GIULIANI, A. (1988a): “Prova in generale (filosofia del diritto)”, *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milán.
- (1988b): “L’ordo iudiciarius medievale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)”; *Rivista Processuale Civile*, 3, pp. 598-614.
 - (1994): “Osservazioni sulla procedura nel metodo dialettico: dalla tradizione aristotelica a quella medievale”, en A. GIULIANI y N. PICARDI (eds.), *L’educazione giuridica*. VI. Modelli storici di procedura continentale, t. I, Ed. Scientifiche Italiane, Perugia.
- GLENNINSON, J. (1980): “Les enquêtes administratives en Europe occidentale”, en W. PARAVICINI y W. VERNER, *Histoire comparée de l’administration*, München.
- GODDING, P. (1973): “La jurisprudence”, en L. GENICOT (coord.), *Typologie des sources du moyen âge occidental*, U. Catholique du Lovain.
- (1978): “Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle”, en Ch. PERELMAN y P. FORIERS (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruselas.
- GOLDING, M. P. (1986): “A note on discovery and justification in science and law”, *Nomos*, XXVIII, pp. 124-140.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E. (1962): “El racionalismo jurídico y los códigos europeos” (II), en *Estudios de teoría de la sociedad y el Estado*, Instituto de Estudios políticos, Madrid.
- GONZALEZ LAGIER, D. (2000): “Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial” en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000*, Giappichelli, Turín,, pp. 69-87.
- (2003a): “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia*, 46, pp. 17-26.
 - (2003b): “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la democracia*, 47, pp. 35-51.
- GORLA, G. (1977): “I tribunali supremi degli stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra

- stati”, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (1973), Florencia.
- (1982): “Sulla via dei ‘motivi’ delle ‘sentenze’: lacune e trappole”, en N. PICCARDI y A. GIULIANI (eds.), *L’ordinamento giudiziario, I: documentazione storica*, Rimini, 1985, pp. 401-470.
 - (1985): “Introduzione allo studio del Tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX”, en N. PICCARDI y A. GIULIANI (eds.), *L’ordinamento giudiziario, I: documentazione storica*, Rimini, 1985, pp. 381-401.
- GREENAWALT, K. (1975): “Discretion and judicial decision: the elusive quest for the fetters that bind the judge”, *Columbia Law Review*, Vol. 75, pp. 359-398.
- GRIFFEY, M. (1987): “La motivazione dei provvedimenti giudiziari”, *Questione Giustizia*, 1987, n°3.
- GUASTINI, R. (1990a): *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín.
- (1990b): “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’ interpretazione”, en Id., 1990a, pp. 173-188.
 - (1994): “Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique”, en AMSELEK, P. (ed.), *Théorie du droit et science*, Presses Universitaires de France, Paris.
 - (1995): *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín.
 - (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín.
 - (1998): *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffré, Milán.
- GÜNTHER, K. (1988): *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*, trad. ingl. J. Farrell, State University of New York Press, Albany, 1993.
- (1989): “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, trad. cast. J.C. Velasco Arroyo, *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 271-302.
- GUZMÁN BRITO, A. (1984): “La codificación del derecho”, en *Revista de la Universidad de Valparaíso*, 8.
- GUZMÁN FLUJA, V. C. (1996): *El recurso de casación civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GUZMÁN T., J. (1996): *La sentencia*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile.
- HABERMAS J. (1962): *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. cast. de A. Domènech, Gustavo Gili, Barcelona, 1981.
- (1992): *Facticidad y validez*, trad. cast. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- HAGE, J. C. (1997): *Reasoning with rules. An essay on legal reasoning and its underlying logic*, Kluwer, Dordrecht.
- HAGE, J. C. y PECZENIC, A. (2000): “Law, morals and defeasibility”, *Ratio Iuris*, 13, pp. 305-325.

- HART, H.L.A. (1958): “Positivism and the separation of law and morals”, en ID., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford U. Press, Oxford-N.York, 1993.
- (1961): *El concepto de derecho*, trad. cast. de G. Carrió Editora Nacional, México DF, 1980.
- (1970): “Jhering’s heaven of concepts and modern analytical jurisprudence”, en ID., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford U. Press, Oxford-N.York, 1993.
- (1976): “Problems of the Philosophy of Law”, en ID., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford U. Press, Oxford-N.York, 1993.
- (1977): “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. cast. J.J. Moreso y P. Navarro, en P. CASANOVAS y J.J. MORESO (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.
- (1980): “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, 36, pp. 3-18.
- (1994): “Postscript”, en *The concept of law*, Oxford U. Press, Oxford-N. York.
- HASSEMER, W. (1985): “Hermenéutica y derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, 25, pp. 63-85.
- HEIDEGGER, M. (1957): *La proposición del fundamento*, trad. cast. de F. Duque y J. Pérez de Tudela, Ediciones del Serbal, Barcelona, 2003.
- HERGET, J. E. y WALLACE, S (1987): “The German Free Law Movement as the source of American Legal Realism”, *Virginia Law Review*, vol. 73, nº 2, pp. 399-455.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- HIERRO, L. (1996): “Realismo jurídico”, en E. GARZÓN VALDÉS y F.J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid.
- HIMMA, K. E. (2002): “Inclusive legal positivism”, en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford U. Press, Oxford, 2004, pp. 125-165.
- HOBBS, T. (1651): *Leviatán*, trad. cast. de A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979.
- HOLMES, O.W. (1897): “The path of the law”, *Harvard Law Review*, vol. X, nº 7, pp. 457-478.
- HOROVITZ, J. (1972): *Law and logic*, Springer Verlag, Viena.
- HURLEY, S. L. (1990): “Coherence, hypothetical cases and precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, pp. 221-251.
- HUTCHESON, Jr. J. (1929): “The judgement intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision”, *Cornell Law Quarterly*, 14, 274-288.
- IACOVIELLO, F.M. (1997): *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milán.

- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1991): “La motivación de las sentencias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 31.
- (1995): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
 - (1996): “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 46, pp. 95-118.
 - (1998): “La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 50, pp. 175-204.
 - (2003): *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- IGLESIAS VILA, M. (1999): *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, CEPC, Madrid.
- JACOB, R., (1995): “Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l’histoire européenne”, *Archives de philosophie du droit*, 39, pp. 87-104.
- JACKSON, B. S. (2001): “A semiotic perspective on the comparison of analogical reasoning in secular and religious legal systems”, en A. SOETMAN (ed.), *Pluralism and law*, Kluwer, Dordrecht.
- KANT, I. (1795): *La paz perpetua*, trad. cast. F. Rivera Pastor, Calpe, Madrid, 1919.
- KANTOROWICZ, E. (1957): *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, trad. cast. de S. Aiken y R. Blázquez, Alianza, Madrid, 1985.
- (1965): “Mysteries of state. An absolutistic concept and its late medieval origins”, en Id., *Selected studies*, Nueva York.
- KANTOROWICZ, H. (1906): *La lucha por la ciencia del derecho* (publicada originalmente bajo el seudónimo de GNAEUS FLAVIUS), trad. cast. W. Goldschmidt, en SAVIGNY et al., *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949 (trad. it. R. Majetti, Arnaldo Forni Editore, 1988 (reimpresión edición de 1908)).
- KELMAN, M. (1987): *A guide to Critical Legal Studies*, Harvard U. Press, Cambridge Mass.
- KELSEN, H. (1929): “Juristischer formalismus und reine Rechtslehre”, *Juristische Wochenschrift*, 58, trad. it. por la que se cita “Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto”, en H. KELSEN, R. TREVES Y S. PAULSON, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992.
- (1945): *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. cast. E. García Máynez, UNAM, México DF, 1979
 - (1960): *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. cast. R. Vernengo, Porrúa, México DF, 1995.
 - (1965): “Diritto e logica”, trad. it. R. Guastini, en GUASTINI, R. y COMANDUCCI, P. (1990) *Analisi del ragionamento giuridico*. Vol. II, Giappichelli, Turín.
 - (1979): *Teoria generale delle norme*, trad. it. M. Torre, Einaudi, Turín, 1985.

- KENNEDY, D. (1976): "Form and substance in private law adjudication", *Harvard Law Review*, 89, pp. 1685-1778.
- (1986): "Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology", en *Journal of Legal Education*, 36, pp. 518-562.
 - (1997): *A critique of adjudication {fin de siècle }*, Harvard U. Press, Cambridge Mass., 1998.
 - (2001): "Due interpretazioni del postmodernismo come teoria giuridica dell'interpretazione", en A. PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge allesoglie del XXI° secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- KRIPKE, S. (1982): *Wittgenstein on rules and private language*, Basil Blackwell, Oxford.
- KUHN, T. (1962): *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1986.
- LABAND, P. (1911): *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. 2, Mohr, Tübingen.
- LARENZ, K. (1960): *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. cast. M. Rodríguez M., Ariel, Barcelona, 1980.
- LASSER, M. de S.-O.-l'E. (1995): "Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the french legal system", *Yale Law Journal*, 104, n° 6. pp. 1325-1410.
- LA TORRE, M. (1996): *Dissavventure del diritto soggettivo. Una vicenda storica*, Giuffrè, Milán.
- LEITER, B. (1995): "Legal indeterminacy", *Legal theory*, 1, pp. 481-492.
- (1996): "Legal realism", en PATTERSON D. (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Blackwell, Oxford, 1999.
 - (2002): "Law and objectivity", en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford U. Press, Oxford, 2004, pp. 969-989.
- LEVY-BRUHL, H. (1964): *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Librairie M. Riviere, Paris.
- LEVY, J.P. (1965): "L' evolution de la preuve, des origines à nos jours", en *La preuve*, Recueil J. Bodin, XVII, Librairie Encyclopédique, Bruxelles.
- LIFANTE, I. (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, CEPC, Madrid.
- LLEWELLYN, K. (1930a): *The Bramble bush*, Oceana Publications, Nueva York-Londres-Roma, 1991.
- (1930b): "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", trad. P. Casanovas, en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Madrid, 1994, pp. 244-293.

- (1931): “Some realism about realism-Responding to dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. XLIV, pp. 1222-1256.
 - (1950): “Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed”, *Vanderbilt Law Review*, 3, pp. 395-406 (incluido además como apéndice en LLEWELLYN, 1960)
 - (1960): *The Common Law tradition. Deciding appeals*, Little, Brown and co., Boston-Toronto.
- LLOBELL TUSET, J. (1985): *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, Zaragoza.
- LO, H. L. (2000): “The judicial duty to give reasons”, *Legal Studies*, vol. 20, nº 1, pp. 42-65.
- LOMBARDI, L. (1967): *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán.
- LOSANO, M. (1985): “La dottrina pura del diritto dal logicismo all’ irrazionalismo”, ensayo introductorio en KELSEN, H. (1979) (existe trad. cast. en *Doxa*, 2, 1985, pp. 55-86).
- LUMIA, G. (1966): *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè, Milán.
- LUZZATI, C. (1990): “Discretion and ‘indeterminacy’ in Kelsen’s theory of legal interpretation”, en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Hans Kelsen’s legal theory: a diachronic point of view*, Giappichelli, Turín, pp. 123-137.
- LYONS, D. (1984): “Justification and judicial responsibility”, *California Law Review*, 72, nº2, pp. 178-199.
- MACCORMICK, N. (1978a): *Legal reasoning and legal theory*, Oxford U. Press, Oxford, 1997.
- (1978b): “The motivation of judgments in the common law”, en CH. PERELMAN y P. FORIER (eds.), *La motivation des decisions de justice*, Bruselas.
 - (1981): *H.L.A. Hart*, Stanford U. Press, California, 1981.
 - (1984): “La congruenza nella giustificazione giuridica”, en N. MACCORMICK y O. WEIMBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it. M. La Torre, Giuffrè, Milán, 1990.
 - (1989): “The ethics of legalism”, *Ratio Juris*, Vol. 2, Nº 2, pp. 184-193.
 - (1993): “Argumentation and interpretation in Law”, *Ratio Juris*, Vol. 6, Nº 1, pp. 16-29.
 - (1994): *Foreword* a la nueva edición de *Legal reasoning and legal theory*, Oxford U. Press, Oxford, 1997.
 - (1995): “Defeasibility in law and logic”, en Z. BANKOWSKY, I. WHITE y U. HAHN (eds.), *Informatics and the foundation of legal reasoning*, Kluwer, Dordrecht, pp. 99-117.

- (1999): “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría*, 21, pp. 5-21.
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. S. (eds.) (1991): *Interpreting statutes. A comparative study*, Dartmouth-Ashgate, Aldershot.
- (1991a): “Interpretation and justification”, en IDS., (1991), pp. 511-544.
- (1997): *Interpreting precedents. A comparative study*, Dartmouth-Ashgate, Aldershot.
- MALEM, J. (2001): “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa*, 24, pp.379-403.
- MANCUSO, F. (1995): “Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi resenti con il testo di una sentenza del 1299)”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, N°1, pp. 285-310.
- MARMOR, A. (1992): *Interpretación y teoría del derecho*, trad. cast. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000.
- (2002): “Exclusive Legal Positivism”, en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford U. Press, Oxford, 2004, pp. 104-124.
- MASSETTO, G.P. (1989): “Sentenza (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milán.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. (1999): “La constitución, fundamento inquieto del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, pp. 185-205.
- MAZZARESE, T. (1996): *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino.
- MENDONCA, D. (1997): *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones U. de Almería, Almería.
- MERCADO PACHECO, P. (1994): *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MICHELMAN, F. I. (1986): “Justification (and justifiability) of law in a contradictory world”, en R. PENNOCK y J. W. CHAPMAN, *Justification*, Nomos, XXVIII, pp. 71-99.
- MONTERO AROCA ET AL. (1987): *Derecho jurisdiccional*, I: Parte General, Tirant lo Blanc, Valencia, 9ª edición, 1999.
- MONTESQUIEU (1748): *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1998.
- MOORE, U. y HOPE, T. (1929): “An institutional approach to the law of commercial banking”, *Yale Law Journal*, 38, pp. 703-719.
- MORAL SORIANO, L. (2002): *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- MORANGIU, A. (1953): “Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23, pp. 677-715.

- MORESO, J.J. (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, CEPC, Madrid.
- MORESO, J.J., NAVARRO, P. y REDONDO, C. (1992): “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa*, 11, pp. 247-262.
- (2002a): *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México DF.
- (2002b): “Indeterminación semántica y lagunas normativas”, en Ids. (2002a), pp. 47-67.
- MURATORI, L. (1742): *Dei difetti della giurisprudenza*, Rizzoli-Editore, Milán, 1958.
- MURILLO VILLAR, A. (1995): “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2, pp.11-46.
- NAVARRO, P. E. (1993): “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, *Doxa*, 14, pp. 243-268.
- NIETO, A. (2000): *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona.
- NINO, C.S. (1985): “Normas jurídicas y razones para actuar”, en Id., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1987): *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires.
- (1993): “Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico”, *Ragion Pratica*, 1, pp. 32-37.
- (1994): *Derecho, moral y política. Una revisión general de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- OLIPHANT, H. (1928): “A return to stare decisis”, *American Bar Association Journal*, 14, pp. 71-76.
- OLLERO, A. (1978): “Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado”, *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, 18-19, 1978-9.
- ORRÙ, G. (1988): *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli, Turín.
- OST, F. (1982): “Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Tres modèles de justice”, en PH. GERARD, F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications des Facultés Universitaires saint -Louis, Bruselas.
- PAGANO, F. M. (1787): *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1799.
- PATTERSON, D. (1996): *Law & Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- PAULSON, S.L. (1985): “El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿ruptura o continuidad?”, *Doxa*, 2, pp. 153-158.
- PECZENIK, A. (1989): *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht-Boston-Londres.

- PEDRAZ, E. (1990a): “Sobre el ‘poder’ judicial y la ley orgánica del poder judicial”, en Id., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid.
- (1990b): “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, en Id., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid.
- (1993): “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración”, *Revista General de Derecho*, num. 586-587, julio-agosto, pp. 7223-7270.
- PEDRAZ, E. ET AL. (2000): *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Colex, Madrid.
- PENNINGTON, K. (1998): “Due Process, Community, and the Prince in the evolution of the *Ordo Iudicarius*”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 9, pp. 9-47.
- PEÑA FREIRE, A. (1997): *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- (1999): “Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas”, *Doxa*, 22, pp. 381-412.
- (2001): “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Giappichelli, Turín., pp. 194-230.
- PERA, M. (1991): *Scienza e retorica*, Laterza, Roma-Bari.
- PERELMAN, CH. (1968): “Ce que la philosophie peut apprendre par l’étude du droit”, en ID., *Droit, moral e philosophie*, Pichon et Durand-Auzias, París, pp. 135-147.
- (1976): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.
- PERELMAN, CH. y FORIER, P. (eds.) (1978): *La motivation des decisions de justice*, Bruselas.
- PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1958): *La nouvelle rhétorique. Traité de l’argumentation*, Bruselas.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (1996): *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid.
- PLUCKNETT, A., (1956): *A concise history of the common law*, 5ª edición, Londres.
- POGGI, G. (1992): *Lo stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Il Mulino, Bolonia, 1992.
- POPPER, K. (1934): *The logic of scientific discovery*, Hutchinson, Londres, 1959.
- PORTALIS, J.E.M. (1803): *El discurso preliminar al Código Civil francés*, trad. cast. I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, Cívitas, Madrid, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987): *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- (1991): “Notas sobre interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 9, pp. 175-198.
- (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (1994): “Motivazione delle decisioni giuridiche e certezza del diritto”, *Studi Senesi*, CVI, fasc. 3, pp. 403-414.
- (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México DF.
- PUTNAM, H. (1981): *Razón, verdad e historia*, trad. cast. de J. M. Esteban, Tecnos, Madrid, 1988.
- RABELAIS, F. (1521): *Pantagruel*, Libro Segundo, en Id., *Gargantúa y Pantagruel*, El Ateneo, Buenos Aires, 1956
- RADIN, M. (1925): “The theory of judicial decision: or how judges think”, *American Bar Association Journal*, 11, pp. 357-362.
- (1930): “Statutory interpretation”, *Harvard Law Review*, XLIII, pp. 863-885.
- RAMAT, M. (1962): “Significato costituzionale della motivazione”, en G. MARANINI (ed.), *Magistrati o funzionari?*, Edizioni di Comunità, Milán, pp. 694-708.
- RAZ, J. (1972): “Legal principles and the limits of Law”, *The Yale Law Journal*, 81, ahora en M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1984, pp. 73-87.
- (1975): *Razón práctica y normas*, trad. cast. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- (1978): “Introducción” a J. RAZ (ed.), *Razonamiento práctico*, trad. cast. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986.
- (1979): *La autoridad del derecho*, trad. cast. de R. Tamayo, UNAM, México D.F., 1982.
- (1993): “On the autonomy of legal reasoning”, *Ratio Iuris*, Vol. 6, N° 1, ahora en ID., *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- REBOUL, O. (1991): *Introduzione alla retorica*, trad. it. G. Alfieri, Il Mulino, Bolonia, 1996.
- REDONDO, C (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1997): “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, 20, pp. 177-196 (existe una nueva versión en MORESO, J.J., NAVARRO, P. y REDONDO, C., 2002a, pp. 95-129).
- REICHENBACH, H. (1938): *Experience and prediction*, University of Chicago Press, Chicago.
- RENOUX-ZAGAMÉ, M.F. (2002): “De la parole de Dieu a la parole de la Justice: l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques”, *Droits*, 36, pp. 3-19.
- RENTERÍA, A. (2000): *Il laberinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Franco Angeli, Milán.

- RESTA, E. (1992): *La certeza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Bari (hay trad. cast. de M. A. Galmarini, Piadós, Barcelona, 1995)
- (1999): “Giudicare, conciliare, mediare”, *Politica del diritto*, año XXX, nº 4, pp. 541-575.
 - (2001): “Può il diritto moderno sopravvivere?”, en A. PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXIº secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 94-99.
- RÓDENAS, A. (2001): “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa*, 24, pp. 63-84.
- (2003): “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, 26, pp. 417-448.
- ROSS, A. (1946): *Towards a realistic jurisprudence*, Munksgaard, Copenhagen.
- (1953): *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
 - (1961): “Validity and the conflict between legal positivism and natural law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, pp. 46-93.
 - (1962): “Hart sobre el concepto de derecho”, trad. Cast. J. J. Moreso, en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Madrid, 1994, pp. 466-474.
 - (1968): *Lógica de las normas*, trad. cast. J.S.P. Hierro, Comares, Granada, 2000.
- RUIZ MANERO, J. (1990): *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RUGGERI, A. (ed.) (1994): *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giappichelli, Turín.
- SAAVEDRA, M. (1976): “Notas sobre legitimación democrática de la elaboración judicial del derecho”, *Anuario de la Cátedra Francisco de Suárez*, 16, 1976, pp. 199-212.
- (1988): “Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad”, *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, 1, pp.39-61.
 - (1993): “La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley”, *Jueces para la democracia*, 18, pp. 3-9.
 - (1996): “Interpretación judicial del derecho y democracia”, *Travesías.Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, Año 1, Nº 1, pp. 235-259.
- SAINZ GUERRA, (1996): “Las razones de la justicia en el derecho castellano durante la baja Edad Media”, en AAVV, *La aplicación del derecho a lo largo de la historia*, Actas I Jornada de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, Jaén.
- SALGUERO, M. (2002): *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- (2003): “Aplicación analógica de las normas y creación judicial del derecho”, en *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 8, Nº3, pp. 501-577.

- SALVIOLI, G. (1927): “Storia della Procedura civile e criminale”, en P. DEL GIUDICE, *Diritto italiano*, Ulrico Hoepli, Milán, vol. III, parte II.
- SÁNCHEZ BRIGIDO, R y SELEME, H. O. (2001): “Justificación sin verdad”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Giappichelli, Turín, pp. 285-294.
- SARTOR, G. (1995): “Defeasibility in legal reasoning”, en Z. BANKOWSKY, I. WHITE y U. HAHN (eds), *Informatics and the foundation of legal reasoning*, Kluwer, Dordrecht, pp. 119-157.
- SASTRE, S. (2001): “Algunas consideraciones sobre la ciencia juridical”, *Doxa*, pp. 579-601.
- SAUVEL, T. (1955): “Histoire du jugement motivé”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, LXXIe volume, pp. 5-53.
- SAVIGNY, F.K. (1840): *System des heutigen Römischen Rechts*, cito por la selección que con el título “Los fundamentos de la ciencia jurídica” se incluye en GOLDSCHMIDT, W. (ed. y trad. cast), *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.
- SCARPELLI, U. (1965): *Cos'è il positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán.
- (1970): “Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisis”, ahora en Id., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 251-285.
- SCHAUER, F. (1991): *Playing by the rules*, Oxford U. Press, Oford, 1998.
- (1995): “Giving reasons”, *Stanford Law Review*, Vol. 47, pp. 633-659.
- SCHIAVELLO, A. (1998): *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Dworkin*, Giappichelli, Turín.
- SEARLE, J. (1969): *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. de L. M. Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1990.
- (1983): *Intencionalidad. Un ensayo sobre la filosofía de la mente*, trad. de E. Ujaldón, Tecnos, Madrid, 1992.
- SEGURA ORTEGA, M. (1993): “El movimiento del derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, pp. 423-455.
- SENESE, S. (1993): “La motivazione della verità fattuale”, en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, pp. 322-339.
- SERRANO, J.L. (1992): *Ecología y derecho. 1. Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Comares, Granada.
- (1993): “Ecología, Estado de derecho y Democracia”, en GARRIDO, F. (ed.), *Ecología política*, Comares, Granada.
- (1999): *Validez y vigencia*, Trotta, Madrid.

- (2003): “De las fuentes del sistema al sistema de fuentes”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, pp. 183-206.
- SIMON, D. (1975): *La independencia del juez*, trad. cast. C. Ximénez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985.
- SOLUM, L. B. (1996): “Indeterminacy”, en D. PATTERSON (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Blackwell, Oxford, 2001, pp. 488-502.
- SOPER, E. P. (1977): “Legal theory and the obligation of a judge: The Hart/Dworkin dispute”, en M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1984, pp. 3-27.
- STOLLEIS, M. (1998): “‘Arcana imperii’ e ‘Ratio status’. Osservazioni sulla teoria politica del primo Seicento”, en Id., *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, trad. ital. S. Iovino e C. Schultz, Il Mulino, Bolonia.
- STRAYER, J.R. (1970): *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Ariel, Barcelona, 1981.
- SUMMERS, R.S. (1978): “Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification”, *Cornell Law Review*, Vol. 63, N° 5, pp. 707-788.
- (1981): “Pragmatic instrumentalism in twentieth century american legal thought -a synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use”, *Cornell Law Review*, vol. 66, pp. 861-950.
- (1992): “On analyzing and characterizing the general style of a legal system as formal or as substantive”, *Rechtstheorie*, 23, pp. 27-34.
- SUMMERS, R.S. y TARUFFO, M. (1991): “Interpretation and comparative analysis”, en MACCORMICK y SUMMERS (eds.) (1991).
- TANZI, A. (ed.) (1999): *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina Editore, Milán.
- TARELLO, G. (1962): *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milán.
- (1974a): “Formalismo giuridico”, en Id., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bolonia.
- (1974b): “Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete”, en Id., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bolonia.
- (1976): *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia.
- (1988): “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos”, en Id. *Cultura jurídica y política del derecho*, FCE, México DF, 1995.
- TARUFFO, M. (1974): “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX (II serie).
- (1975): *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova.

- (1988): “La fisionomia della sentenza in Italia”, en VVAA, *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile* (Atti del convegno internazionale svolto a Ferrara 10-12 ottobre 1985), Cedam, Padua, pp. 180-214.
 - (1990): “Motivazione della sentenza (diritto comparato e straniero)”, *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma.
 - (1991): *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna.
 - (1992): *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán.
 - (1997): “Institutional factors influencing precedents”, en MACCORMICK y SUMMERS (eds.) (1997).
 - (1997b): “Il controllo di razionalità della decisione giudiziale, fra logica, retorica e dialettica”, en M. BESSONE, *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Giappichelli, Turín.
 - (1998): “Giudizio: processo, decisione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LII, 3, pp. 787-804.
 - (1999): “Motivazione della sentenza civile (controllo della)”, en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento III, Giuffrè, Milán.
- TAU, V. (1992): *Casuismo y sistema*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires.
- TOUFFAIT, A. y TUNC, A. (1974): “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la cour de cassation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, LXXII, pp. 487-508.
- TUORI, K. (1988): “Ética discursiva y legitimidad del derecho”, *Doxa*, 5, pp. 47-67.
- TWINING, W. (1973): *Karl Llewellyn and the realist movement*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1985.
- UBERTIS, G. (1979): *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milán.
- ULLMAN, W. (1961): *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1971.
- UNGER, R. M. (1975): *Knowledge and politics*, The Free Press, New York, 1984.
- (1986): *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard U. Press, Cambridge, Mass.
- VALENZUELA, R. (2004): *Conflicto y humanidades. Un ensayo sobre argumentación juridical*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- VAN CAENEGEM, R.C. (1973): *The birth of english common law*, Cambridge U. Press, Cambridge.
- (1987): *I signori del diritto*, trad. ital de L. Ascheri, Giuffrè, Milán, 1991.
 - (1992): *Introduzione storica al diritto privato*, trad. it. de A. Musumarra, Il Mulino, Bologna, 1995.

- VERDE, G. (2000): "Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile", *Rivista di diritto processuale*, año LV (2ª serie), nº2, pp. 299-317.
- VERRI, A. (1764-1765): "Ragionamenti sulle leggi civili", en *Il Caffè* ossia brevi e vari discorsi distribuiti in fogli periodici dal giugno 1764 a tutto maggio 1765, edición de Romagnoli, Milán, 1960, vol. II.
- VERRI, P. (1765): "Sulla interpretazione delle leggi", en *Scritti vari*, Le Monnier, Florencia, 1854, vol. II.
- VIGORITI, V. (1973): "La pubblicità delle procedure giudiziarie (Prolegomeni storico-comparativi)", en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, pp. 1423-1488.
- VILLA, V. (1988): "La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXV, IV, pp. 567-597.
- VIVES, J.L. (1531): *Causas de la decadencia de las artes*, en *Obras Completas*, Aguilar, Madrid, 1948.
- VOGLIOTTI, M. (1996): "La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali", en C. CHIAVARIO y E. MARZADURI (eds.), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, UTET, Turín.
- VOLTAIRE (1764-1769): *Dictionnaire philosophique*, Garnier Frères, París, 1967.
- VOLTAIRE (1766): "Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de province", en Id., *Melanges*, Gallimard, Paris, 1961, pp. 787-825.
- WALDRON, J. (1989): "The rule of law in contemporary liberal theory", *Ratio Juris*, Vol. 2, Nº 2, pp. 79-96.
- WASSERSTROM, R.A. (1961): *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*, Stanford U. Press, Stanford.
- WEBER, M. (1922): *Economía y sociedad*, FCE, México D.F., 1945.
- WHITE, M.G. (1949): *Social thought in America: the revolt against formalism*, N. York, 1952.
- WIEACKER, F. (1980): *Storia del diritto privato moderno*, v. I, Giuffrè, Milán.
- WILHELM, W. (1958): *Metodologia giuridica del secolo XIX*, trad. it. P. Lucchini, Giuffrè, Milán, 1974.
- WITTGENSTEIN, L. (1953): *Investigaciones filosóficas*, trad. cast. A. García y U. Moulines, Crítica, Barcelona, 1988.
- WRIGHT, G.H. VON (1983): "Practical Inference", en *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Basil Blackwell, Oxford, pp. 1-17.
- WROBLEWSKI, J. (1971): "La règle de décision dans l'application judiciaire du droit", en PERELMAN, CH. (ed.), *La règle du droit*, Bruselas, pp. 68-93.

- (1974): “Legal syllogism and rationality of judicial decisions”, *Rechtstheorie*, 3, pp. 33-46.
 - (1978): “Motivation de la décision judiciaire”, en PERELMAN, CH. y FORIERS, P. (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, pp. 111-135.
 - (1979): “Justification of legal decisions”, en Id. (1983), pp. 49-70.
 - (1983): *Meaning and truth in judicial decisión*, A-Tieto-Oy, Helsinki.
 - (1989): “Conceptions of justification in legal discourse”, *Rivista Internazionale d Filosofia del Diritto*, 66, pp. 679-705.
 - (1992): *The judicial application of law*, trad. ing. de *Sadowe stosowanie prawa* (1972) preparada parcialmente por el autor y editada por BANKOWSKI Z. y MACCORMICK N., Kluwer, Dordrecht.
- WURZEL, K.G. (1904): *Das juristische Denken*, trad. ing. E. Brunken: *Juridical thinking*, en AAVV (1917).
- ZACCARIA, G. (1991): “Sul concetto di positività del diritto”, en ID. (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Turín, pp. 329-358.
- ZAGREBELSKY, G. (1992): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- ZULETA, E. (1977): “Razón y codificación”, *Anuario de derecho civil*, XXX, fasc.III.