

P. COMANDUCCI (1999), RAZONAMIENTO JURÍDICO. ELEMENTOS PARA UN MODELO, MÉXICO, FONTAMAZA, PP. 71-104.

Justificación

2. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

2.1. La justificación interna

Bajo el rótulo “razonamiento jurídico” desarrollo en este capítulo algunas consideraciones relativas a la justificación de la decisión judicial, consciente de que este aspecto constituye sólo una parte de una totalidad. En este sentido, mi objeto específico es el “razonamiento judicial”. Con esta locución designo un conjunto compuesto por tres elementos: la decisión; la motivación en Derecho y la motivación en hechos.

Ya he señalado anteriormente (§ 1.4.3.) la posibilidad de emplear el silogismo práctico como forma de justificación en el ámbito jurídico. Repito, pues, que por “justificación” entiendo el procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones (o aducir buenas razones o aducir razones persuasivas) en favor de uno de estos dos tipos de conclusiones: que es verdadero, o probable, o verosímil, o atendible un enunciado cognoscitivo; o que es justo, o bueno, o correcto, o válido un enunciado prescriptivo¹.

Una conclusión justificada puede constituir, a su vez, una de las razones que sean aducidas en favor de otra conclusión posterior en un procedimiento potencialmente infinito. Que un enunciado sea una conclusión y no una razón aducida en favor de una conclusión depende del contexto discursivo. En el contexto discursivo jurídico

¹ Para una clarificación de esta definición ver *supra*, § 1.4.1.

—en el ámbito más específico que aquí interesa— *la* conclusión viene constituida por la decisión judicial que concluye el proceso². Tal decisión judicial, en su conjunto, se compone de la justificación de dicha conclusión final. Pero también hay numerosas conclusiones intermedias en el proceso de justificación judicial que vienen constituidas tanto de enunciados cognoscitivos como de enunciados prescriptivos. Cada una de estas decisiones judiciales intermedias tiene una justificación particular que puede ser reconstruida como parte de la justificación global de la conclusión final del juez.

Con la expresión “justificación interna”, introducida en el léxico de la teoría del Derecho por Wróblewski, me refiero a la consistencia entre la decisión final del juez y sus premisas: “La justificación interna se funda en la exigencia de consistencia que es la forma fundamental y más elemental de la racionalidad de una decisión”³. En el sentido propuesto por Wróblewski⁴, el silogismo decisional se configura como un esquema teórico de la justificación interna de la decisión judicial⁵. La premisa mayor del silogismo está constituida precisamente por la norma que el juez considera aplicable a los hechos del caso. Tal premisa puede configurarse, por ejemplo, como una norma que relaciona una consecuencia jurídica con una clase de acciones (caso abstracto). La premisa menor está constituida por un enunciado acerca de hechos que tiene por objeto una acción (caso concreto) que pertenece a la clase de acciones previs-

² Se puede decir, para entenderse, que la decisión final del juez es aquella con la que en el proceso penal se condena o se absuelve al imputado y en el proceso civil acoge o rechaza pretensión del actor. Tal decisión se expresa en la resolución de la sentencia.

³ Wróblewski 1986, p. 214. Sobre las nociones de justificación interna y justificación externa *Cfr.*, también, Alexy 1989, pp. 221 ss.

⁴ *Cfr.* Wróblewski 1987a. Ver, también, Alexy 1989, pp. 228-33.

⁵ *Cfr.*, más recientemente, Bulygin 1992: «Una decisión judicial es justificable según el Derecho cuando ésta se deriva lógicamente de una norma o conjunto de normas y de la descripción del caso. La justificación es una operación de naturaleza esencialmente deductiva que puede ser reconstruida como una inferencia lógica, en la cual, dadas ciertas premisas, se llega a la conclusión de que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso específico. Esta inferencia muestra que la decisión de aplicar tales consecuencias a tal caso específico está jurídicamente justificada».

ta en la norma. La conclusión adscribe la consecuencia jurídica prevista por la norma a la acción objeto del juicio.

El silogismo jurídico no puede constituir la justificación interna de una decisión judicial sean cuales sean las características del sistema jurídico en el que se toma la decisión.

Imaginemos, por ejemplo, un sistema jurídico en el cual no haya leyes preconstituidas, anteriores al juicio; en el que los jueces tomaran las decisiones basándose en sus caprichos y sin ocuparse, ni siquiera mínimamente, de conocer cómo se han desarrollado los hechos sujetos a su juicio. Si duda, en un sistema como éste, el esquema silogístico no sería el adecuado para justificar las decisiones judiciales. Si el juez quisiese justificar su decisión en un sistema con esas características, podría utilizar como razones su propia autoridad, la voluntad divina, el bien común o muchas otras cosas similares, pero no las premisas de un silogismo judicial.

Imaginemos además un sistema jurídico en el cual, por ejemplo, el legislador —superando a los jesuitas en capacidad casuística— elaborara un conjunto de normas que disciplinaran todos los casos que jamás puedan verificarse, asignando a cada caso una y sólo una consecuencia jurídica. Tampoco en este sistema el silogismo jurídico podría cumplir alguna función de justificación de la decisión judicial, ya que la competencia del juez sólo consistiría en señalar mecánicamente la prescripción legislativa, sin ninguna necesidad de justificar tal operación.

Ni el sistema jurídico caracterizado por el “juez-déspota”, ni el caracterizado por el “juez-autómata” suponen el empleo de una justificación silogística de las decisiones judiciales. Mi hipótesis inicial es que los sistemas jurídicos concretos, o al menos algunos de ellos (por ejemplo, los de Europa continental), se colocan en una posición intermedia entre los extremos del “juez déspota” y del “juez autómatas”. Por ello, estos sistemas permiten la utilización de una justificación silogística de las decisiones judiciales.

Sin embargo, mi finalidad principal no es la de examinar con una aproximación descriptiva los sistemas jurídicos concretos. Sino que, siguiendo el ejemplo de Wróblewski, adoptaré una perspectiva teórica que muestre los elementos fundamentales de un modelo. Quizá, mejor dicho, de tres modelos: un modelo de la decisión judicial

silogísticamente justificada; un modelo de la justificación racional de la premisa mayor del silogismo decisional y un modelo de justificación garantista de la premisa menor del silogismo decisional. Veamos primero las características distintivas de estas tres aproximaciones al razonamiento judicial.

Inspirándome principalmente en una clasificación recurrente en la obra de Wróblewski, distingo entre una aproximación descriptiva; una aproximación prescriptiva y una aproximación teórica al razonamiento judicial⁶. La siguiente es más una tipología ideal que una clasificación de las perspectivas que de hecho se adoptan en la elaboración de los argumentos. En tales elaboraciones o, por lo menos, en la mayoría de ellas se asiste a la doble presencia de una finalidad descriptiva y prescriptiva y, en ocasiones, incluso teórica, sin que el autor sea consciente o esté mínimamente preocupado de tal mezcolanza.

Llamo aproximación descriptiva a la que consiste en presentar una descripción del razonamiento judicial. Dependiendo de qué se entienda por "razonamiento judicial", esto es, de qué cosa sea lo que se describe, tendremos tres aproximaciones descriptivas distintas y, respectivamente, tres sentidos distintos de "descripción"; vale decir, tres metodologías de investigación distintas.

En nuestro caso, pueden ser objeto de descripción tanto las actividades mentales del juez como las entidades lingüísticas. Las entidades lingüísticas pueden dividirse, a su vez, en aquéllas producidas por el legislador y aquéllas producidas por el juez. Tendremos, entonces, una tricotomía de los objetos de estudio que pueden designarse como "razonamiento judicial" y que son susceptibles de descripciones independientes.

Primero: las actividades mentales de los jueces concernientes a la solución de los aspectos jurídicos y fácticos de un caso. Aquí se trata de describir el razonamiento que ha conducido a elaborar y/o que ha justificado las distintas decisiones interpretativas y los dis-

⁶ Entre los muchos escritos de Wróblewski relevantes para este argumento hay que tener presentes, al menos, los siguientes: Wróblewski 1967; Wróblewski 1973; Wróblewski 1983; Wróblewski 1986; Wróblewski 1987a; Wróblewski 1987b; Wróblewski 1989a; Wróblewski 1989b.

tintos juicios relativos a todas aquellas acciones humanas, o a aquellos fenómenos naturales, que se consideran relevantes en el caso en cuestión. La metodología de investigación que corresponde es, entonces, de tipo psicológico y/o sociológico. Podríamos pensar, por ejemplo, en el empleo de entrevistas y cuestionarios mediante los cuales se solicite directamente a los jueces que describan su razonamiento-actividad, con la concomitante elaboración de pruebas cruzadas con el fin de determinar el valor de las respuestas presentadas, en función de las fuentes por las que han optado para tomar su decisión (estudios seguidos, lecturas, etc.); se podría tratar de reconstruir el tipo de conocimiento dogmático y científico que poseen los jueces; se podría realizar una investigación acerca de la mentalidad, de los prejuicios y de la ideología de los jueces, indagando en qué medida tales factores influyen en la razonamiento-actividad, y así por el estilo.

Este tipo de aproximación descriptiva se practica muy poco entre los juristas. Esto es así, por una parte, porque estos instrumentos de investigación son muy distintos a los que tradicionalmente han utilizado los juristas y, por otra, porque existe la creencia de que este tipo de investigaciones son difícilmente realizables y de que, en cualquier caso, tienen un grado muy bajo de credibilidad. En fin, este tipo de investigaciones tienen poca relevancia por la difusa opinión de que estos estudios tienen una escasa incidencia práctica, por lo menos dentro de la profesión forense⁷.

Segundo: los documentos producidos por el juez como motivación de Derecho y de los hechos de las sentencias. En este caso se trata de describir lo que en ocasiones se ha llamado el "estilo" de la sentencia⁸. La metodología empleada en estas investigaciones puede ser, por ejemplo, el análisis del lenguaje, para individualizar la forma en que los jueces utilizan el lenguaje para expresarse, argumentar, etc.; o el análisis lógico, para tratar la (eventual) estruc-

⁷ Algunas alusiones a variantes de la aproximación descriptiva psicológica se encuentran en Taruffo 1975, pp. 93-99.

⁸ Ejemplos de este tipo de aproximación se encuentran por ejemplo en A.A.V.V. 1988, pp. 129-214. Amodio 1977, pp. 227 ss., distingue entre el "modo" y el "estilo" de la sentencia.

tura profunda de la motivación, esto es, el esquema constante de razonamiento-documento que recorre el conjunto de motivaciones aparentemente heterogéneo. La postura teórica que preside a esta aproximación puede ser definida, en un sentido genérico, como “realista”, ya que configura el propio objeto de estudio de manera que normalmente muestra más interés por lo que “efectivamente” hacen los jueces que por lo que deben hacer según lo prescrito por el legislador.

Dentro de este segundo tipo de aproximaciones –más concretamente quizá que en el primero–, se colocan también los estudios que consideran al razonamiento-documento como un indicio significativo para reconstruir el razonamiento-actividad⁹.

Tercero: los documentos producidos por el legislador para prescribir cómo debe desarrollarse el razonamiento judicial, esto es, para señalar cuáles deben ser las características de las motivaciones de Derecho y de hechos. Según la terminología tradicional, la actividad que se desarrolla en este caso es la de describir normas. Se trata de describir las normas que versan sobre la motivación judicial. La metodología adoptada puede entonces definirse como “normativista” y hoy en día es la más difundida dentro de la dogmática jurídica.

Si las aproximaciones primera y segunda pueden pacíficamente calificarse de descriptivas, esta calificación sólo se puede extender a la tercera aproximación con algunas cautelas. Por una parte, es problemático, en efecto, determinar en qué sentido de “descripción” y de “norma” se habla de “describir normas”¹⁰. Si se sostiene que siempre está presente entre las descripciones –como presupuesto necesario– una actividad de interpretación de los documentos normativos y si la interpretación se concibe como una actividad ampliamente discrecional –si no, incluso, arbitraria– de adscripción de significado a textos, parece entonces dudoso que pueda darse una descripción de normas en el mismo sentido en el que se da una descripción de comportamientos¹¹. Por otra parte, cuando desde la

⁹ Cfr. Taruffo 1975, pp. 63 ss.

¹⁰ Una posición fuertemente crítica acerca de la posibilidad misma de hablar de “descripción de normas” ha sido sostenida en Mazzaresse 1991.

¹¹ Es muy clara y precisa la posición al respecto expuesta en Guastini 1992.

posición de la dogmática los juristas describen normas es difícil aceptar de un modo totalmente aporreado que la función directa y principal de su discurso sea descriptiva y no, por el contrario, prescriptiva.

Las descripciones, sea cual sea su objeto, se colocan en un nivel de generalidad y abstracción distinto. Se podrían confundir algunas descripciones extremadamente rarificantes como las de los teóricos del Derecho con modelos teóricos. Pero la diferencia es la siguiente: todas las descripciones tienen su punto de partida en datos empíricos y mediante procesos de abstracción y generalización tratan de llegar a formulaciones que den cuenta del mayor número posible de fenómenos. Por el contrario, como veremos, el modelo que deriva de la perspectiva teórica es un *análogon* de los fenómenos empíricos, pero no se obtiene de estos inductivamente ni pretende dar cuenta de ellos directamente.

Presentaré un ejemplo para mostrar cómo la tricotomía anteriormente delineada sería útil con fines analíticos: es decir, no para tener nuevas respuestas, sino para entender mejor las respuestas existentes. El ejemplo es relativo a la discusión acerca de lo que se puede entender por “lógica del juez”¹², más específicamente, acerca del carácter de ésta en la motivación de hechos (uno de los tres elementos en los que he subdividido el razonamiento judicial). Se puede arrojar alguna luz sobre la distinción entre formalistas y antiformalistas mediante la aplicación de esta tricotomía. Es evidente, en efecto, que a la pregunta de qué es la “lógica del juez” se le dan respuestas diferentes, aunque no necesariamente opuestas, según lo que se entienda por “motivación en hechos” y según cuál sea el objeto de estudio previamente elegido.

En mi opinión, si por “motivación de hecho” se entiende la motivación-actividad se deberá distinguir ulteriormente entre una “lógica del descubrimiento” y una “lógica de la justificación”. La investigación deberá referirse tanto al procedimiento (necesario) a través del cual el juez llega a la formulación mental de las conclusiones factuales del caso, como al procedimiento (eventual) de con-

¹² Cfr. para los sistemas de *common law*: Aldisert 1989; Golding 1984.

trol y justificación de tales conclusiones. Esta simple distinción muestra ya la sospecha de que aquéllos que hablan de *una* lógica del juez refiriéndose a la motivación-actividad caen en un indebido reduccionismo. Es claro, en efecto, que pueden ser distintas la lógica del descubrimiento y la lógica de la justificación. Así, por ejemplo, mientras que parece que la inducción es un procedimiento adecuado para el descubrimiento; pero no para la justificación, la deducción parece un procedimiento adecuado en el contexto de la justificación, pero no en el del descubrimiento¹³.

Si por “motivación de hecho” se entiende la motivación-documento producida por el juez, el discurso cambia parcialmente. En este caso no me parece sensato hablar de una “lógica del descubrimiento”. La motivación-documento es exclusivamente el lugar en el que viene presentada la justificación de las conclusiones a las que el juez ha llegado con anterioridad. Aun admitiendo la hipótesis de la representación, es decir, la hipótesis de que en la motivación documento el juez reproduce exactamente el proceso que lo ha conducido a la conclusiones factuales en la motivación-actividad (hipótesis no obstante criticada fuertemente por todo el realismo jurídico) queda esta indudable diferencia: que no pertenece sólo al nivel del lenguaje. En la motivación-actividad el discurso (mental) –que explica el procedimiento mediante el cual se ha llegado al “descubrimiento”– es autónomo y necesario, mientras que, en la motivación-documento, este mismo discurso es subordinado y contingente, y viene englobado en el interior del discurso justificativo del que constituye un objeto parcial. La motivación-documento tendría estructuralmente la forma siguiente (donde, lo repito, se asienta la hipótesis de la representación): “la conclusión factual *c*, que se ha obtenido a través de *p*, está justificada por las razones *r*”, donde *p* significa el discurso que explica el procedimiento (mental) me-

¹³ Ubertis 1979, p. 56, distingue, todavía con mayor precisión y en referencia al antiguo Código de Procedimientos Penales, entre: “1) el contexto de descubrimiento y formulación de la hipótesis (es el momento de la instrucción primaria, en el cual, aunque su resultado es ‘hipótesis’ también es ya en parte una ‘decisión’); 2) el contexto de investigación (es el contexto de la instrucción probatoria o secundaria); 3) el contexto de decisión y, 4) el contexto de justificación”. Cfr. también, Amodio 1977, pp. 216-18.

dante el cual se ha llegado al “descubrimiento”, o sea, a la formulación de la hipótesis.

Si, por último, se entiende por “motivación de hecho” la motivación-documento producida por el legislador, o mejor dicho, la reconstrucción que de ésta hacen los juristas, se puede decir lo siguiente. Si entendiésemos que las prescripciones del legislador relacionadas con la motivación de hecho están dirigidas a regular la motivación-actividad, no sería posible comprobar su eficacia. Esto es, no se podría controlar su aplicación por parte de los jueces. Además, lo que se desarrolla en el fuero interno (emociones, pensamientos, razonamientos) generalmente no es objeto de regulación jurídica –al menos en los ordenamientos modernos– aunque pueda ser, no obstante, objeto de regulación moral. Parece entonces preferible entender que las prescripciones del legislador van dirigidas a regular la motivación-documento, aunque las formulaciones lingüísticas empleadas por los legisladores (y también por los juristas cuando realizan la actividad interpretativa) puedan quizá hacernos pensar que las prescripciones se dirigen a la motivación-actividad.

Veamos ahora brevemente las aproximaciones prescriptiva y teórica.

Llamo aproximación prescriptiva a la que consiste en presentar valoraciones acerca del modo de razonar de los jueces o directivas acerca de cómo deberían razonar los jueces. En este caso podríamos también utilizar la tricotomía delineada anteriormente y distinguir entre la aproximación prescriptiva que tiene por objeto el razonamiento-actividad de los jueces; la que tiene por objeto el razonamiento-documento de los jueces y la que tiene por objeto el razonamiento-documento del legislador. Como ya he señalado, un ejemplo de esta última aproximación estaría constituido también por el discurso interpretativo de los juristas, teniendo por objeto los enunciados legislativos que regulan el razonamiento judicial donde se califica la interpretación no como una actividad cognoscitiva sino volitiva.

Llamo aproximación teórica a la que consiste en presentar un modelo de razonamiento judicial. Por “modelo” entiendo “una construcción artificial que reproduce, en forma simplificada, un fenómeno de la realidad social o un fenómeno imaginario con el fin de

facilitar el estudio del fenómeno mismo o de un problema relacionado con éste”, o con el fin de, por ejemplo, “observar a qué resultados conduciría la aplicación de un principio determinado o de una regla de comportamiento determinada, o, en sentido inverso, para estudiar qué normas de comportamiento se postularían en una situación dada”¹⁴. La construcción de un modelo es, entonces, una cosa distinta de la descripción del conjunto de fenómenos; ni siquiera tiene por qué estar relacionada con ésta. También es una cosa distinta de –y no necesariamente relacionada con– la prescripción y valoración de comportamientos: el verbo “deber” en el modelo teórico tiene un significado anankástico y no deóntico.

El primer modelo teórico que presento, inspirado en un modelo análogo elaborado por Wróblewski¹⁵, es de la decisión judicial silogísticamente justificada.

Wróblewski sostiene que el juez realiza cuatro tipos de actividad en el curso de la decisión de un caso, en las que hace referencia para justificar silogísticamente la decisión tomada. Estas actividades son: la elección de una norma jurídica válida; la decisión acerca de los hechos; la subsunción del caso concreto en el caso abstracto previsto por la norma anteriormente elegida y la decisión de qué consecuencias, entre las indicadas por la norma, van a ser aplicadas al caso específico.

El principal mérito de Wróblewski es el de haber mostrado, si bien de manera engañosa –mejor dicho, engañosamente simple–, el modo habitual en que los juristas piensan acerca de la justificación silogística de una decisión. Podríamos poner como arquetipo (o, si se quiere, como caricatura) de este modo de pensar la idea –por otra parte común en la mayor parte del iluminismo jurídico– del juez-boca-de-la-ley: la actividad de los jueces consistiría exclusivamente en aplicar la ley al caso concreto. La decisión sería perfectamente justificable en la forma de un único silogismo de subsunción con la forma siguiente: “la premisa mayor debe ser la ley general; la premisa menor, la acción conforme o no con la ley

¹⁴ di Robilant 1968, pp. 80-81.

¹⁵ Me refiero particularmente a Wróblewski 1967, especialmente pp. 10-21, Wróblewski 1983, pp. 59-64, Wróblewski 1986, pp. 206-14, Wróblewski 1987a, pp. 288-90.

y, la conclusión o consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se ve constreñido o quiera hacer dos silogismos, se abrirá la puerta a la incertidumbre, a la falta de certeza”¹⁶.

La presentación de este único esquema silogístico como justificación completa de la decisión judicial oculta, por una parte, el conjunto de actividades que preceden a la individualización de este silogismo simple y, por la otra, la existencia de otras formas más complejas de justificación silogística.

En cuanto al primer punto, las premisas del silogismo decisional constituyen para el juez un punto de llegada y no (no sólo) de partida como parece suceder el modelo juez-boca-de-la-ley.

Sin pretensión de exhaustividad, se puede decir que el juez cumple al menos las siguientes actividades antes de elegir e individualizar las premisas que justifican la decisión:

- a) individualización de las fuentes jurídicas válidas (la llamada transformación “en” Derecho de la que habla Peczenik¹⁷);
- b) individualización de las disposiciones de la ley válida, *prima facie* relativas al caso en cuestión;
- c) atribución de significado a las disposiciones mencionadas, esto es, la individualización de la norma del caso;
- d) resolución de eventuales conflictos entre normas;
- e) eliminación de eventuales lagunas;
- f) verificación de las pruebas concernientes al caso;
- g) individualización y calificación jurídica del caso;
- h) individualización de las características del caso abstracto con las que se conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso;
- i) individualización de aquellas características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.

En la realización de todas estas actividades el juez emplea directivas que guían sus elecciones. Estas directivas pueden estar re-

¹⁶ Beccaria 1970, § IV, pp. 15-16.

¹⁷ Cfr. Aarnio-Alexy-Peczenik 1987, pp. 130-37; Peczenik 1989, especialmente § 5.8.4. y p. 300.

cogidas en normas jurídicas; pueden ser cánones elaborados por la cultura jurídica a la que pertenece el juez; pueden depender del paradigma científico aceptado en la comunidad dentro de la que vive el juez o pueden ser fruto de la ideología política, moral, religiosa que el juez comparte.

El conjunto de estas actividades y de las directivas de elección va a componer la justificación externa de la decisión judicial. Esto es, la justificación de las premisas de la decisión, de la que nos ocuparemos en los próximos epígrafes.

El modelo de juez-boca-de-la-ley oculta además la existencia de formas más complejas de justificación silogística. Formas más complejas respecto al silogismo de subsunción.

Wróblewski habla, a propósito, de tres tipos de silogismo: el silogismo individual simple, en el que la consecuencia jurídica aplicable al caso es única; el silogismo de elección de las consecuencias, que justifica la decisión de elegir, sobre la base de la presencia de ciertas características de los casos concretos, una (y no otra) consecuencia jurídica para el caso concreto, y, el silogismo decisional complejo, formado por la unión de un silogismo de subsunción y de un silogismo de elección de las consecuencias¹⁸.

Veamos un ejemplo para ilustrar este último tipo de silogismo complejo. Si la norma aplicable al caso prescribe que el hurto sea penado con la reclusión de 1 a 5 años y si el juez considera que el imputado ha cometido un hurto, resta por determinar la pena precisa que se va a infligir al imputado. Guiado por reglas jurídicas (como, por ejemplo, las relativas al aumento o disminución de la pena en virtud de circunstancias agravantes o atenuantes) y de directivas de otro tipo, el juez determinará las características abstractas del caso "hurto" previstas por la norma que implica la consecuencia jurídica "reclusión de años 1"; las que implican la consecuencia jurídica "reclusión de años 1 + *n*" (siendo *n* un número cualquiera de días, meses o años de reclusión, en cualquier caso inferior a 4 años), hasta llegar a determinar las características que implican la consecuencia jurídica "reclusión de años 5". En este

¹⁸ Cfr. Wróblewski 1987a, pp. 292-96.

punto el juez determinará las características del hurto concreto y subsumirá sus características en el caso abstracto previamente individualizado al que se aplica la norma (se trata de prioridad lógica, no psicológica). Ahora el juez podrá decidir, por ejemplo, que tal hurto será penado con 3 años y 2 meses de reclusión y tal decisión se verá justificada aduciendo las razones hasta ahora detalladas.

Nótese, sin embargo, que los tipos de silogismo que Wróblewski ha añadido a la mera subsunción no son los únicos que puedan proponerse abstractamente como forma de justificación interna de la decisión. La operación realizada por Wróblewski parece abrir la puerta a una potencial transformación completa de la justificación externa de la decisión judicial en justificación interna. Me explico.

Me parece que no hay razones para reservar un tratamiento diferenciado del silogismo de elección de las consecuencias respecto, por ejemplo, del silogismo que justifica la elección interpretativa con la que se decide que la disposición de ley *d* tiene el significado *s*. Si consideramos el segundo como parte de la justificación externa de la premisa mayor del silogismo decisional, ¿por qué no debemos hacer otro tanto con el primero? Y si consideramos el primero como parte de la justificación interna de la decisión, como hace Wróblewski¹⁹, ¿por qué no considerar de la misma manera también al segundo? Ambos concurren igualmente a justificar la decisión de asumir como premisa mayor del silogismo decisional una norma *n*, que es el resultado convenientemente recortado de una disposición *d*: el significado que, precisamente, armoniza la subsunción del caso concreto bajo el caso abstracto y la aplicación al caso concreto de la consecuencia jurídica prevista por la norma *n*.

Creo, entonces, que se puede concluir que o bien se considera que el silogismo de subsunción es la única forma de justificación interna de la decisión judicial, o bien, no hay razón para incluir al silogismo de elección de las consecuencias en la justificación interna de la decisión. Se abre así el camino a una potencial expansión de la justificación interna que vendría a comprender todos los

¹⁹ Cfr. Wróblewski 1987a, p. 296.

procedimientos de justificación de las premisas del silogismo de subsunción. Con el resultado, en este último caso, de vaciar de cualquier utilidad explicativa a la distinción entre justificación interna y justificación externa.

Prefiero la primera alternativa y asumo, en consecuencia, que la justificación interna de la decisión judicial consiste en el silogismo de subsunción. Esto comporta, obviamente, atribuir una relevancia preponderante de la justificación externa frente a la justificación interna.

2.2 La justificación externa

Wróblewski ha distinguido entre justificación interna y justificación externa. Esta última consiste, como ya he señalado, en la justificación de las premisas del silogismo decisional: “la justificación interna exige coherencia entre las premisas de la decisión y la decisión misma. Si se presenta el problema de las razones de la aceptación de las premisas; si se va más allá de la esfera de la justificación interna, en la que las premisas son dadas por buenas y, en consecuencia, se justifican estas premisas, entonces la decisión está externamente justificada”²⁰.

Habíamos visto que las reglas de inferencia que rigen la justificación interna son de tipo deductivo. Según Wróblewski, las reglas de la justificación externa pueden ser de otro tipo y pueden tener un carácter menos estricto²¹. Esta cuestión se tratará más adelante, ahora desarrollaremos algunas consideraciones metateóricas y teóricas acerca de la justificación externa, o sea, acerca de la motivación en Derecho y en hechos.

Con “motivación en Derecho” y “motivación en hechos” designo dos componentes de la decisión judicial. Estas definiciones y

²⁰ Wróblewski 1986, p. 214.

²¹ Cfr. Wróblewski 1987a, p. 297: «La justificación en forma silogística es una justificación interna porque no somete a prueba la fortaleza de las premisas. El papel de la justificación externa es, naturalmente, enorme, pero éste no puede realizarse con instrumentos lógico-formales. El papel de la lógica informal o de la argumentación no está limitado al uso de la justificación silogística. Al contrario, esta justificación podría servir como argumento a favor del papel decisivo de las valoraciones y de las elecciones en la determinación de las premisas de la decisión judicial».

la delimitación del campo que conllevan configurarán, a su vez, la motivación como objeto de estudio. Como siempre sucede, la configuración del objeto de estudio es un elemento necesario y preliminar de cualquier investigación. En nuestro caso, esta delimitación parece particularmente problemática. Por ello, ilustraré algunas de las elecciones realizadas durante el procedimiento de configuración de dicho objeto.

Antes que nada, hay que recordar que en la definición avanzada arriba la motivación viene inmersa en el interior del proceso de justificación de la decisión judicial en su conjunto²². Tal configuración tiene al menos dos presupuestos.

El primer presupuesto supone que hay una diferencia necesaria y también relaciones eventuales entre decisión y justificación.

El segundo presupuesto implica que la motivación en Derecho y la motivación en hechos, como veremos en mi definición, son distinguibles entre sí y no agotan la justificación de la decisión en su totalidad.

Analicemos separadamente estos dos presupuestos:

Si configuramos la motivación como justificación y la decisión como conclusión, no parece particularmente problemático distinguir entre decisión y motivación. La motivación se constituye con los argumentos adoptados en favor de la decisión: con los tradicionales instrumentos semánticos y pragmáticos a los que tiene acceso cualquier hablante de la lengua de que se trate. En estas condiciones normalmente resulta fácil distinguir entre motivación y decisión en cualquier contexto discursivo.

En cambio, configurar la relación entre decisión y motivación resulta una operación más problemática²³. Me parece que las pre-

²² El trabajo más completo y riguroso sobre el tema de la motivación que hasta hoy se ha presentado es el de Taruffo 1975. De este libro he tomado mucho de cuanto diré y a este libro sugiero que acuda el lector para profundizar en el tema que trataremos en las páginas que siguen. Ver, también, para una mayor profundización: Taruffo 1967; Taruffo 1970; Taruffo 1974; Taruffo 1985; Taruffo 1986a; Taruffo 1986b; taruffo 1988; Taruffo 1992, pp. 408 ss. y *passim*.

²³ Cfr. Ubertis 1979, pp. 53-54.

guntas que hay que responder al respecto pueden dividirse en dos: desde una perspectiva descriptiva la cuestión sería la siguiente²⁴: ¿hay una conexión necesaria entre decisión y motivación, de manera que, por un lado, no pueda darse una decisión sin motivación y, por el otro, no pueda darse motivación sin decisión? Mientras que, desde la perspectiva prescriptiva, nos preguntaríamos: ¿debe haber una conexión necesaria entre decisión y motivación, tal que, por una parte, no deba darse decisión sin motivación y, por la otra, no deba darse motivación sin decisión?

Las respuestas a estas preguntas difieren mucho dependiendo de la doctrina que se adopte. Esta divergencia tiene lugar, en parte, como consecuencia del significado atribuido a los términos “motivación” y “decisión”. Como veremos en seguida, tanto “motivación” como “decisión” pueden ser entendidos como una actividad que se desarrolla en la mente del juez o como los productos documentales de tales actividades.

Si se entienden “motivación” y “decisión” en el primer sentido, desde una perspectiva descriptiva todos estarían de acuerdo en que no se da motivación sin decisión: el carácter instrumental y accesorio de la motivación descende de su misma configuración como justificación. No tendría sentido especular acerca de una actividad mental que consistiese en elaborar un procedimiento justificativo concreto privado de objeto. Si que podría haber, sin embargo, decisión sin motivación. Se trataría del tipo de decisión que, dependiendo del punto de vista, se definiría como arbitraria, no motivada, inmoral, “última” y similares. No quiero decir que tal decisión carezca de motivación empírica o que carezca de causas psicológicas: sólo quiero afirmar que se trata de una decisión que se asume sin que contextualmente se presente la formulación mental de las razones que la justifican²⁵.

²⁴ Dentro de una aproximación teórica las preguntas serían las siguientes: ¿existe una conexión necesaria entre decisión y motivación, tal que, por una parte, no pueda darse decisión sin motivación y, por la otra, no pueda darse motivación sin decisión?

²⁵ Quien niega la posibilidad de una decisión (mental) sin motivación (mental) probablemente estará utilizando “motivación” para indicar los motivos empíricos y una clase del género justificación, como lo hago yo. También puede ocurrir, por supuesto, que no distinga con claridad entre los dos sentidos de “motivación”. Acerca de la distinción entre motivos psicológicos y razones ha insistido Ch. Perelman, *La motivation des décisions de justice* (1978), en Perelman 1990, § 45.

Si se entienden “motivación” y “decisión” en el segundo sentido, es fácil darse cuenta de que, desde una perspectiva descriptiva, se dan decisiones sin motivación pero no motivaciones sin decisión. Que en ocasiones haya decisiones sin motivación es un accidente empírico: la regla general en los ordenamientos jurídicos modernos es que las decisiones judiciales deben ir, en todo caso, acompañadas de motivaciones. Que no se den motivaciones sin decisión es una necesidad que depende, una vez más, de que se haya entendido que la motivación es una clase del género de la justificación. Consideraciones análogas podrían desarrollarse para las respuestas que se colocan dentro de las perspectivas prescriptivas.

Las distintas aproximaciones elegidas para tratar estos temas explican las diferencias entre las distintas respuestas. Con esta afirmación quiero decir que, en ocasiones, las discusiones y las críticas se originan en el hecho de que no se ha tenido cuidado al distinguir con rigor entre las distintas perspectivas: descriptivas, prescriptivas y teóricas. No siempre son incompatibles entre sí respuestas distintas. En ocasiones son, simplemente, respuestas a preguntas diferentes. Y en estos casos, sólo a través de un análisis cuidadoso de la pregunta, o sea, de la configuración del objeto de estudio, se puede descubrir la compatibilidad de las respuestas. Veamos un ejemplo de este tipo de problemas: Amodio critica la concepción de Taruffo según la cual la motivación es “un componente estructural necesario” de las disposiciones de los jueces y contrapone a esta tesis el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico puede llegar a haber decisiones sin motivación. Me parece que las dos respuestas se encuentran en dos perspectivas distintas, la descriptiva de Amodio y la teórica de Taruffo. Se trata, pues, de dos respuestas que son distintas porque son distintas las respectivas preguntas. Por una parte, practicando una aproximación descriptiva (que en su terminología llama “normativa”, en cuanto descriptiva del ordenamiento jurídico italiano), Amodio llega a la conclusión de que no hay una conexión biunívoca entre decisión y motivación; por otra parte, practicando una aproximación teórica que consiste en la elaboración de un modelo de motivación racional, Taruffo concluye

que hay una conexión biunívoca entre decisión y motivación. Las dos respuestas son distintas pero, en mi opinión, compatibles²⁶.

Analícemos ahora el segundo presupuesto de la definición introducida anteriormente, según el cual, la motivación en Derecho y en hechos no agota la justificación de la decisión. Puede admitirse este presupuesto por la razón banal de que junto con justificación externa se presenta otra distinta, aunque relacionada: la justificación interna. Al respecto conviene desarrollar al menos dos consideraciones.

Primera consideración. En tanto conjunto de enunciados lingüísticos, la motivación contenida en la sentencia constituye sólo una parte de lo designado por el término “motivación” en el lenguaje de los juristas. Como se acaba de ver, tal término puede designar también la actividad mental realizada por juez cuando decide el caso en sus aspectos jurídicos y fácticos. Tal y como lo hemos hecho —de manera más general— en relación con el razonamiento²⁷, podríamos distinguir ahora entre motivación-actividad y motivación-producto (o, como se prefiera decir, motivación-documento). Creo que esta distinción sería útil para clarificar también el debate doctrinal acerca de la motivación. En ocasiones, este debate resulta confuso debido a que el objeto de los discursos de los interlocutores no es el mismo, aunque sea designado con el mismo término: algunos hablan de la actividad mental y otros de los enunciados contenidos en la sentencia.

Lo que quiero señalar es que no hay un significado “correcto” y un significado “equivocado” del término “motivación”. Tal término, vuelvo a repetirlo, designa en castellano tanto una actividad mental como un conjunto de enunciados lingüísticos. Haciendo una redefinición, sería oportuno que en la teoría del Derecho se utilizara el término con sólo uno de sus significados. La elección dependería de los fines y de los métodos de investigación, y se valoraría con los consecuentes criterios de la fecundidad científica y la capacidad explicativa.

²⁶ Cfr. Amodio 1977, por ejemplo, p. 197; Taruffo 1975, por ejemplo, p. 457.

²⁷ De manera análoga a lo que se ha propuesto, pero en relación con la interpretación, Cfr. Tarello 1980, pp. 39 ss.; Wróblewski 1989, especialmente p. 271.

Por mi parte, prefiero utilizar “motivación” para designar un conjunto de enunciados lingüísticos, pero no consideraría “falaz” una elección distinta²⁸. Por un lado, sostengo que todavía tenemos un conocimiento demasiado limitado acerca de los aspectos psicológicos de la actividad de los jueces como para poder llevar a cabo un análisis serio de su modo interno de razonar²⁹. Por otro lado, creo que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos tiene una mayor importancia la motivación-documento que la motivación-actividad. Esto no quiere decir, sin embargo, que la motivación-actividad carezca de interés. Por ejemplo, un presupuesto importante, aunque no necesario, del modelo garantista del que mostraremos algunas líneas fundamentales en § 2.4., está constituido por la adopción por parte del juez de criterios racionales internos en el descubrimiento y, sobre todo, en la justificación de las conclusiones acerca de hechos. En forma análoga, estos criterios se ven reflejados en la motivación-documento.

Las relaciones entre motivación-actividad y motivación-documento son problemáticas. En la literatura al respecto se toman posiciones que se sitúan en algún lugar intermedio entre dos hipótesis extremas. La primera posición extrema la constituye la hipótesis que afirma que la motivación contenida en la sentencia es la transcripción fiel del procedimiento mental a través del cual el juez ha llegado a la decisión y a la justificación de las cuestiones jurídicas y de los hechos del caso. El polo opuesto lo constituye la hipótesis que supone que la motivación contenida en la sentencia no tiene ninguna relación con el procedimiento mental mediante el cual el juez ha llegado a la decisión y a su correspondiente justificación.

Estas dos posiciones extremas parecen igualmente insostenibles y, de hecho, en su forma extrema no han sido defendidas por nadie. Amodio se refiere a las dos posiciones, respectivamente, como la “falacia descriptivista” y la “falacia irracionalista” y considera que ambas son hijas dañinas de la ya mencionada “falacia menta-

²⁸ De “falacia mentalista” habla continuamente Amodio 1977. Se trata de una elección lingüística desafortunada.

²⁹ Puede consultarse acerca de algunos aspectos específicos, Riva Crugnola - Scaparro 1992.

lista”³⁰. La hipótesis de la filiación me parece aceptable si se la interpreta de la siguiente manera: un presupuesto necesario de ambas posiciones es la supuesta existencia de una motivación-actividad, tenga o no alguna relación con la motivación-documento, de la que, obviamente, nadie niega la existencia. Lo que ocurre es que de allí se sigue también que todas las demás posiciones intermedias son hijas del mismo presupuesto. Me parece obvio que para evitar que surja todo este problema de las relaciones entre motivación-actividad y motivación-documento no basta con negar la importancia práctica de la actividad mental de la motivación. Sería necesario negar radicalmente la existencia de la motivación-actividad y no me parece que ni el más convencido comportamentalista esté dispuesto a llegar tan lejos.

Veamos ahora una segunda consideración que se refiere a otro aspecto de la relación entre la motivación y la justificación en el ámbito jurídico. La motivación a la que me refiero aquí, y de la que normalmente se ocupan los trabajos de la doctrina, es la de los jueces o, en un nivel de abstracción menor, la de los jueces penales (o civiles, o administrativos); la de los jueces de *civil law* (de *common law*); la de los jueces italianos (o franceses, o alemanes); la de los jueces contemporáneos (o antiguos, o modernos), etc. Aunque nadie lo desconoce, no siempre se resalta el hecho de que las argumentaciones de los jueces conviven con otros tipos de argumentaciones de Derecho o de hechos, como las argumentaciones producidas por las partes (entre otros) en el proceso civil; las de la defensa y el ministerio público en los procedimientos penales, o las de los expertos y peritos en ambos procesos. Un discurso completo sobre este tema no debería carecer de una consideración amplia de las semejanzas y las diferencias entre las distintas especies del género de la argumentación jurídica³¹.

³⁰ Amodio 1977, pp. 214-15.

³¹ He tratado de presentar algunas muestras acerca de la fecundidad práctica de este tipo de análisis —que ha tenido una primera aproximación en Twining-Miers 1990—, en Comanducci 1991.

Otro presupuesto problemático de la definición de “motivación” presentada anteriormente es que se admita que se puede separar la motivación en Derecho y la motivación en hechos. La posibilidad de tal separación puede ponerse en duda tanto desde una perspectiva conceptual, como desde un punto de vista empírico.

Si desde un punto de vista conceptual se negara que la motivación en Derecho puede ser distinta que la motivación en hechos, lo que resultaría comprometido sería la posibilidad misma de configurar como objetos de estudio autónomos la motivación en Derecho y la motivación en hechos. Es esta la razón por la que es importante ocuparse aquí de este problema.

Se afirma que el Derecho es una especie del género de los valores. Entonces, desde el punto de vista conceptual, la posibilidad de separar la motivación en Derecho y la motivación en hechos puede negarse rechazando la posibilidad de una distinción entre valor y hecho, esto es, refutando el divisionismo.

La “gran división” entre hechos y valores³² ha sido criticada mediante dos estrategias distintas, aunque coincidentes en el resultado. A la primera estrategia la podríamos llamar ontológica y a la segunda epistemológica.

La estrategia ontológica busca acreditar la idea de que los valores son una especie de hechos: esto es, entidades “existentes”, cognoscibles, pertenecientes a una “realidad” análoga (o, acaso, idéntica) a la realidad física. La estrategia epistemológica pretende, en cambio, acreditar la idea de que los hechos no pueden distinguirse claramente de los valores, bien porque están “inmersos en valores” (versión débil), bien porque son, al igual que los valores, construcciones del sujeto (versión fuerte).

En el ámbito de la metaciencia contemporánea, las críticas a la “gran división” han seguido una de las dos versiones de la estrategia epistemológica, mientras que la perspectiva ontológica cuenta todavía con algunos seguidores en el campo de los estudios éticos.

No es este el lugar oportuno para un análisis serio de la “gran división” y de sus refutaciones. Me parece que, en general, en lo que se refiere al ámbito jurídico, basta con protegerse en una trin-

³² Cfr. 12 supra § 1.1.1.

chera más retrasada, transformando la “gran” división en “pequeña” división. Como ya he señalado, lo que me parece irrenunciable, si se pretende cierto rigor conceptual y expositivo, es la distinción entre discursos cognoscitivos y discursos prescriptivos. Esta distinción se basa en la diferencia entre dos funciones del uso directo y principal del lenguaje. Las relaciones entre hechos y valores de que me ocupo (y de las que se ocupan normalmente los juristas) sólo son aquéllas que se presentan dentro del lenguaje jurídico, esto es, que vienen configuradas como relaciones –o como distinciones– mediante el lenguaje jurídico. Este es el motivo por el que me parece oportuno reformular los problemas relativos a la distinción entre hecho y valor como problemas relativos a la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, entre discursos cognoscitivos y discursos prescriptivos³³.

La distinción conceptual entre motivación en Derecho y motivación en hechos –ambas, como se recordará, son especies del género justificación– es entonces aquélla que pasa por la justificación de enunciados cognoscitivos y la justificación de enunciados prescriptivos³⁴. La argumentación en Derecho es un procedimiento argumentativo consistente en aducir razones en favor de la conclusión de que es una prescripción justa; buena; correcta o válida. Se puede decir, con más exactitud, que dicha argumentación consiste en aducir razones a favor de un conjunto de prescripciones que son aplicadas a los hechos de un caso y que son fruto de una actividad compleja constituida por la individualización de disposiciones nor-

³³ Sobre los distintos sentidos en que, dentro de la copiosa literatura existente, se habla de relaciones entre hechos y Derecho, *Cfr.* entre otros: Acarelli 1961, pp. 113-29; Calogero 1964, especialmente parte I, cap. IV; Grace III-Teschner 1989; J. D. Jackson 1983; MacCormick - Weinberger 1990, cap. III, IV, V; Nerhot 1990a; Ch. Perelman, *La distinction du fait et du droit. Le point de vu du logicien* (1961), en Perelman 1990, § 46; Rigaux 1990, pp. 38-49; Taruffò 1992, *passim*; Troper 1990, pp. 22-37; White 1983; Williams 1976; W. Wilson 1990, pp. 11-21. Para una aproximación estrictamente epistemológica, ver Pizzi 1992.

³⁴ Distinguir conceptualmente entre enunciados cognoscitivos y enunciados prescriptivos y sostener la utilidad de tal distinción con fines eurísticos es, obviamente, algo distinto que afirmar (sea lo que fuere que esta afirmación signifique) que no se da ninguna relación entre los dos tipos de enunciados. Pero, por otro lado, admitir la existencia de relaciones no supone necesariamente la adopción de un punto de vista «dialéctico». Mi preferencia, como espero que quede claro en el texto, es la del individualismo metodológico. En este sentido, sostengo que un enunciado relativo a la interacción de dos entidades es reductible, sin pérdida de significado, a dos o más enunciados relativos a cada una de las entidades consideradas.

mativas; por elecciones interpretativas; por la solución de antinomias; por la solución lagunas, etc. Por otra parte, la argumentación en hechos es un procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones en favor de la conclusión según la cual una descripción es verdadera; probable; verosímil o atendible. Y, más particularmente, dicha argumentación tiene por objeto el conjunto de descripciones que dan cuenta del presunto desenvolvimiento de los hechos objeto de juicio. Dentro del modelo teórico del silogismo judicial, lo repito, la motivación en Derecho constituye la justificación de la premisa mayor, mientras que la motivación en hechos conforma la justificación de la premisa menor.

Es distinto el discurso de quien niega, no ya desde un punto de vista conceptual sino empírico, que la motivación en el Derecho pueda ser otra que la de los hechos. Si esta objeción significa que en el caso concreto de los juicios acerca del Derecho se dan también juicios acerca de los hechos y que en el caso concreto de los juicios acerca de los hechos se dan también juicios jurídicos, entonces estoy completamente de acuerdo con la objeción³⁵. Pero no se trata ciertamente de una objeción que cierre la posibilidad de proceder a investigaciones distintas respecto a los dos tipos de motivación.

Admitir la “pequeña división” entre enunciados cognoscitivos y prescriptivos no conlleva la refutación de la opinión de que el juicio de hecho no supone una especificidad tal que sea oportuna su distinción respecto del juicio jurídico. Esta distinción me parece oportuna tanto con fines cognoscitivos como con fines prescriptivos. Tiene utilidad cognoscitiva porque creo que las distinciones conceptuales sirven para comprender y explicar los fenómenos complejos de mejor manera que al tratarlos mediante categorías vagas, holistas e indiferenciadas. La distinción sirve para procurar fines prescriptivos porque, en el contexto de muchos ordenamientos jurídicos, en esta distinción encuentran su fundamento el recurso de

³⁵ Respecto a este punto, *Cfr.*, al menos, Taruffò 1985; Ubertis 1979, especialmente pp. 43-44. Niega radicalmente que se den juicios de hecho en el interior del proceso, Varga 1989, Varga 1991a, Varga 1991b.

casación³⁶, el estilo de las sentencias y algunos requisitos garantistas esenciales.

2.3. La motivación en Derecho: la justificación racional

Como ya he señalado en la presentación, la actividad interpretativa ha sido configurada históricamente de diversas maneras que, para nuestros fines, pueden reducirse solamente a dos clases. Convengamos en llamarlas “interpretación-descubrimiento” e “interpretación-elección”. En la primera configuración, la actividad interpretativa es reductible a un acto cognoscitivo, mientras que en la segunda esta reducción no es procedente. En ambos casos la interpretación tiene que ver con el significado de documentos normativos. En el primer caso, tales significados estarán preconstituídos respecto a la actividad del intérprete, quien debe limitarse sólo a descubrirlos, a reconocerlos y a aclararlos; mientras que en el segundo caso, en cambio, los significados serán el producto de una elección realizada por el intérprete de una decisión discrecional.

El primer modo de configurar la interpretación, aunque está muy difundido dentro del nivel de las enunciaciones verbales de los operadores del Derecho, resulta difícilmente aceptable como descripción de las prácticas interpretativas que de hecho realizan los juristas. ¿Cual sería, de hecho, este significado preconstituído que descubrirían los juristas?

No puede tratarse del significado “propio” de las palabras, lo que es claramente una mistificación a la que la teoría lingüística ha hecho justicia hace ya tiempo. Sin contar con el hecho de que son los enunciados y no las palabras individuales lo que compone el objeto de la interpretación, y hablar de “significado propio” de los enunciados es aún más difícil.

No se trata tampoco del significado atribuido a los enunciados por el mismo legislador, aunque la mayor parte de los intérpretes den muestras claras de tenerlo muy en cuenta. Ello no es así, en primer lugar, porque, de hecho, no siempre los intérpretes se atienen a tal significado aún conociéndolo y prefieren optar por una

³⁶ Cfr. Calogero 1964, especialmente parte I, cap. V; Taruffo 1975, cap. VII.

interpretación “evolutiva”; más “conforme con la naturaleza de las cosas”; “basada en la *ratio*”, etc., y, en segundo lugar, porque no siempre es posible saber qué significado es el que le ha atribuido el legislador al texto la ley. Esto es más que frecuente cuando la mayoría de los textos legislativos son el producto de asambleas numerosas, internamente conflictivas y que, en ocasiones, son incapaces de llegar a un acuerdo acerca de un significado que vaya más allá de una mera fórmula carente de cualquier contenido normativo unívoco.

Así, pues, dentro de una aproximación descriptiva a la interpretación jurídica parece preferible adoptar la segunda configuración. La interpretación consiste en atribuir significado a un enunciado normativo: se trata de una actividad que implica una elección y que no es, por tanto, internamente reductible a un mero acto de conocimiento.

Pero, en esta línea podemos distinguir ulteriormente entre una configuración de la interpretación como “elección arbitraria” o como “elección vinculada”. Me parece muy razonable que, aún dentro de la aproximación descriptiva, se rechace una representación de la interpretación en la que se realice una elección puramente arbitraria que dependa íntegramente del capricho del intérprete. Hay fuertes razones sociológicas por las que parece improbable que los jueces o los juristas interpreten los documentos normativos de modo arbitrario. La actividad normativa, al menos dentro de las sociedades democráticas modernas, es una actividad sometida a múltiples controles, algunos de ellos institucionalizados, otros difusos. Además, “el poder de la opinión” parece ser bastante eficaz para controlar las decisiones. Las interpretaciones extravagantes o inusitadas tendrán en contra las pesadas reacciones de desaprobación y de rechazo social. Los superiores y los colegas en relación con los jueces; los jueces, los colegas y los clientes respecto a los abogados; los colegas y los colaboradores en relación con los juristas teóricos: la opinión de cada uno de estos sujetos funciona como un instrumento de control que rodea las interpretaciones más antojadizas.

Así, por un lado, podemos decir que dentro de una lengua natural dada hay interpretaciones “semánticamente posibles” y que, de

hecho, sólo entre ellas se realiza la elección por parte del intérprete³⁷. Por ejemplo: el enunciado “el derecho de huelga se ejercita en ámbito de las leyes que lo regulan” tiene muchas interpretaciones semánticamente posibles. Pero entre estas no se encuentra aquélla según la cual el enunciado significa: “Cualquiera que lo desee puede recoger margaritas amarillas”. Tal interpretación no es semánticamente admisible, al menos, no en el castellano.

Por otro lado, podemos afirmar que en un contexto jurídico dado hay interpretaciones “jurídicamente posibles”. En todos los países el lenguaje jurídico está parcialmente tecnificado. Dentro de cada cultura jurídica existen algunas reglas ampliamente aceptadas relativas a la atribución de significado a los enunciados normativos. Puede ser que el mismo legislador provea estas reglas en el momento de la emisión de la norma; que haga una interpretación auténtica del texto de la ley, o que defina algunos términos utilizados en la ley³⁸. Sin embargo, también las interpretaciones de un enunciado jurídicamente posibles son, en la mayor parte de los casos, más de una. El intérprete realiza (al menos) una elección.

En las sociedades democráticas modernas se trata de una elección en favor de la cual, normalmente, se aducen razones; vale decir, se aduce una justificación. La justificación del enunciado que expresa la elección de atribuir un determinado significado a la disposición interpretada se presenta habitualmente en los ropajes de un argumento retórico³⁹.

Así pues, en la práctica, la justificación de la premisa mayor del silogismo decisional no resulta universalmente aceptable. Esto no depende, sin embargo, al menos no principalmente, del hecho de que en la justificación de la conclusión interpretativa se utilicen argumentos retóricos en lugar de argumentos lógicos. Por el contrario, depende en gran medida del hecho de que el Derecho en su fase de aplicación no permite la certeza. Adoptando una perspectiva

³⁷ Cfr. Aarnio 1987b, p. 214.

³⁸ Acerca de este tema Cfr. Tarello 1980, cap. V (directivas legislativas en la interpretación), pp. 49-57 (interpretación auténtica), cap. IV (definiciones legislativas). Ver también, Guastini 1989.

³⁹ Cfr. Perelman 1976; Tarello 1980, cap. VIII.

descriptiva debemos llegar a la conclusión de que, de hecho, los jueces y los juristas realizan una “transformación”, un paso no deductivo, un “salto”⁴⁰, cuando derivan de la disposición de la ley (el texto) una norma (el significado atribuido al texto). Esto sucede a causa de los factores ya mencionados con anterioridad, entre los que tienen un peso preeminente la textura abierta del lenguaje jurídico; la discrecionalidad de las elecciones semántica y jurídicamente posibles respecto de un contexto dado, y la presencia de ideologías, valores e intereses que confluyen en los distintos operadores del Derecho.

Serían distintas, sin embargo, las conclusiones a las que llegaríamos si abandonáramos el punto de vista descriptivo adoptado hasta ahora al examinar la justificación de la tesis interpretativa del juez⁴¹. Si adoptamos una perspectiva teórica podemos llegar a elaborar un modelo de justificación racional de la tesis interpretativa. Si no es un fin en sí mismo, si no es sólo una diversión intelectual, la construcción de un modelo cumple una función importante tanto en una investigación posterior de carácter descriptivo como en la presentación de propuestas valorativas o normativas y, en la mayoría de los casos, en ambos proyectos. Este último caso es el de la mayoría de las teorías contemporáneas del razonamiento jurídico. Estas teorías presentan, entre otras cosas, modelos de justificación racional de la tesis interpretativa, bien con la finalidad de explicar la estructura profunda y constante de la argumentación en el Derecho, bien, como ocurre a menudo, con una finalidad de tipo prescriptivo. Mientras que, por ejemplo, para Wróblewski la elaboración de modelos tiene principalmente una finalidad explicativa, para autores como Aarnio, Alexy, Peczenik, Weinberger y MacCormick, los modelos propuestos tienen una finalidad tanto explicativa como prescriptiva.

Los dos valores a los que tienden sustancialmente estos modelos en el sector de la justificación de la tesis imperativa son los tradicionales valores de la certeza y de la justicia aplicada al caso

⁴⁰ Las nociones de “transformación” y de “salto” (*jump*) provienen de Peczenik 1989, pp. 114 ss. y 295-301.

⁴¹ Tomo la expresión “tesis interpretativa” de Aarnio 1987b, pp. 214-15.

concreto. La aspiración más general es la de un Derecho que sea, a un tiempo, cierto y justo.

Hay certeza jurídica cuando cada ciudadano puede conocer las normas jurídicas que se aplican en los casos particulares y cuál es su significado exacto. En tal situación cada ciudadano está en situación de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al Derecho. Como parece intuitivamente claro, “certeza jurídica” no designa una situación existente de hecho en ningún país del mundo, ni tampoco, probablemente, ninguna situación que alguna vez llegue presentarse en algún lugar. Esta expresión designa un estado ideal; un objetivo al cual tender; un criterio valorativo que permite criticar e intentar cambiar las situaciones de hecho existentes.

Hay medios que parecen especialmente adecuados para procurar una mayor certeza jurídica. La función de estos medios es contrarrestar las principales causas de la falta de certeza en el Derecho, ya sea en relación con los órganos de producción o con los órganos de aplicación.

En lo referente a los órganos de producción del Derecho, la incerteza es proporcional a la vaguedad y ambigüedad con que vienen formulados los enunciados normativos; a la cantidad de lagunas y antinomias que genera la producción normativa; a la dificultad de individualización, y a la redundancia de documentos normativos aplicables—imputable a un exceso de normatividad sobre la misma materia y a la rapidez con que la normatividad se innova total o parcialmente—. Los medios adecuados para reducir la incerteza en este caso son las técnicas de producción normativa. Estas pueden concretarse, por ejemplo, en un conjunto de reglas sobre el *drafting* legislativo (esto es, sobre las técnicas de redacción de las leyes)⁴², que sugieran una rigurosa definición de los términos empleados en las leyes; la abrogación de las legislaciones previas que no coinciden con la ley nueva; la disciplina orgánica de sectores jurídicos particulares; la formulación de criterios claros para la so-

⁴² Cfr. Bartone 1988; D'Antonio 1990.

lución de eventuales antinomias, etc. Se trata de medios que, evidentemente, no pueden aspirar a eliminar incerteza del todo, principalmente la originada por la (insuprimible) ambigüedad y vaguedad de los términos del lenguaje ordinario al que los órganos de producción normativa tienen que recurrir necesariamente.

En lo que se refiere a los órganos de aplicación del Derecho, la incertidumbre es directamente proporcional a la discrecionalidad arbitraria de la que gozan. El ideal de la ilustración de un juez que sea “la boca de la ley”, aplicador mecánico de una norma heterónoma preconstituida, parece constituir el instrumento más radical para eliminar la incertidumbre que afecta a la aplicación. Pero se trata de un ideal irrealizable. De hecho, lo que hace desde un comienzo impracticable un juicio mecánico es la inevitable incertidumbre en el ámbito de la producción: tal falta de certeza hace necesaria una elección (más exactamente: muchas elecciones) por parte del juez. Además, en algunos casos el juicio mecánico no resulta deseable, ya que coliciona con otros valores que requieren protección jurídica. La aplicación “no-mecánica” debería hacer posible la adecuación rápida del Derecho a los cambios de las situaciones sociales; la adaptación equitativa del Derecho a los casos concretos particulares, etc.

Entre los teóricos del Derecho contemporáneos parece tener más aceptación, mayor *appeal*, otro camino: el que consiste en elaborar, o reelaborar, un conjunto de reglas, lo más preciso y exhaustivo posible, que sirva guiar al juez en la elección de las alternativas que se le presentan. Con ello se busca, al menos tendencialmente, que el juez sólo pueda realizar una interpretación y que, por tanto, haya una conclusión previsible para cualquier ciudadano.

Trataré de trazar las líneas fundamentales de un modelo simplificado de la justificación racional de la tesis interpretativa. En particular, trataré bosquejar un modelo que establezca como finalidad la certeza del Derecho. De nuevo, haciendo uso de la distinción de Wróblewski, distingo entre justificación interna y justificación externa de la tesis interpretativa.

Por “justificación interna” se entiende aquella que ofrece un conjunto de razones de las cuales puede derivarse deductivamente la conclusión. La conclusión (en este caso la tesis interpretativa)

está justificada en la medida en que se infiere deductivamente de algunas premisas que se presentan como razones que sostienen la conclusión. La justificación interna de una tesis interpretativa puede presentarse como una cadena de silogismos, pero no como un único silogismo. No alcanzo a imaginar que un solo silogismo pueda fungir como justificación interna de una interpretación. En cambio es teóricamente posible, aunque difícil de realizar, la traducción en forma de una cadena de silogismos del conjunto de argumentaciones que justifican una tesis interpretativa.

Es oportuno señalar que la conclusión interpretativa resultante puede servir, a su vez, para constituir un silogismo ulterior: el silogismo decisional. En este silogismo la premisa mayor es una norma jurídica, esto es, el significado que por vía interpretativa se ha atribuido a una disposición. Una misma justificación que tenga un carácter interno respecto a la tesis interpretativa puede resultar parte de la justificación externa del silogismo decisional (otra parte la constituye la justificación de la premisa menor).

Veamos ahora en qué consisten las premisas de la justificación interna de la interpretación.

En primer lugar, una de las premisas está constituida por ciertas disposiciones legales, por uno o más enunciados pertenecientes a uno o más documentos legislativos. Se trata del texto normativo del que se debe justificar la interpretación y de otros textos previamente interpretados cuya presencia entre las premisas resulte necesaria a fin de hacer deductiva la justificación del primer texto. Pienso, por ejemplo, en la definición legislativa de algún término del enunciado interpretado que se encuentre en otro documento legislativo.

En segundo lugar, se cuentan entre las premisas una o más directivas de interpretación, esto es, una o más directivas de interpretación aceptadas dentro de un sistema jurídico dado. Estas directivas están compuestas, en parte, por reglas sintácticas, semánticas, pragmáticas relativas a cualquier lengua natural y a cualquier sistema jurídico y, en otra parte, por lo que normalmente se conocen como "argumentos interpretativos".

Las directivas interpretativas son, *grosso modo*, de tres tipos: a) directivas enunciadas por el legislador (pienso, por ejemplo, en el artículo 12 de la disposición preliminar de Código Civil italiano);

b) directivas elaboradas en la práctica jurisprudencial, generalmente dentro de los distintos sectores del sistema jurídico, y c) directivas elaboradas por la dogmática jurídica, generalmente, aunque no siempre, dentro de los sectores específicos del sistema jurídico.

Las directivas del tipo a) son, a su vez, objeto de interpretación por parte de los jueces y de los juristas. Se utilizan, por tanto, como premisas en la justificación interna de las tesis interpretativas, con el significado que les atribuyen los jueces o los juristas. Las directivas de los tipos b) y c) tienen, respecto de un sistema jurídico dado y para algún sector de tal sistema, distinta precisión y fuerza comparativa e, incluso, resultan a menudo conflictivas entre sí. No he dicho, además, que en un sistema dado tales directivas no puedan tener lagunas: pueden darse casos no previstos por ninguna directiva de interpretación. Por todos estos motivos, parece necesaria una tercera clase de premisas en cualquier aproximación teórica dirigida a construir un modelo de justificación racional de la tesis interpretativa. Obviamente, esta categoría es difícil de definir e individualizar, ya que debe recoger criterios valorativos de naturaleza jurídica, moral y política capaces de guiar al intérprete en la determinación de las directivas a seguir en vistas a la solución de eventuales conflictos entre las diversas directivas de interpretación.

Veamos un ejemplo. Frente a una disposición legal que enumere un conjunto de hechos a los que el legislador les atribuye una única consecuencia jurídica el intérprete debe decidir si considerar abierta o cerrada la numeración. Esto es, debe decidir si puede considerarse incluido o no en el significado de tal disposición un caso no considerado expresamente. Simplificando mucho podemos decir que tiene a su disposición dos grupos contrapuestos de reglas interpretativas; uno de los cuales justificaría, junto con las otras premisas, la inclusión del término, mientras que el otro justificaría la exclusión. La inserción de un criterio valorativo entre las premisas (la justicia; el igual tratamiento de casos iguales, o similares) hará preferible una elección frente a otra.

La justificación externa de la tesis interpretativa es la justificación de la fundamentación de las premisas de la inferencia que justifica la tesis interpretativa, vale decir, la justificación de las fuentes, de las directivas de interpretación y de los criterios de valoración.

Como, en un último análisis, las fuentes y las directivas se eligen sobre la base de criterios valorativos, la justificación externa tiene por objeto particular la justificación de estos últimos. En efecto, como también pueden darse conflictos entre estos criterios, habrá que formular metacriterios que diriman los conflictos entre criterios, guiando al intérprete en la elección del criterio o de los criterios que, a su vez, guíen la elección de las fuentes y de las directivas de interpretación que, en conclusión, guíen la elección de la tesis interpretativa.

La determinación de estos metacriterios de valoración presenta un problema análogo al que surgía en la realización del otro valor del que se había hablado anteriormente: la justicia del Derecho. Frente a las cuestiones de la fundamentación última de los valores, las dos tradiciones y respuestas irreconciliables son la iusnaturalista y la emotivista. Para los iusnaturalistas, los metacriterios y los criterios de justicia son cognoscibles y tienen un fundamento objetivo; para el emotivismo ni son cognoscibles ni tienen un fundamento objetivo, sino que son elegidos arbitrariamente. Para algunos teóricos contemporáneos del razonamiento jurídico parece haber una tercera respuesta que podría superar la contraposición entre iusnaturalismo y emotivismo. Un ejemplo de esta "tercera vía" lo constituye el objetivismo moderado propuesto por Weinberger, ilustrado en § 1.3, se trata de encontrar un fundamento de los valores últimos, circunscrito a un contexto dado⁴³. Como ejemplo de otro intento de fundamentación reciente retomo lo avanzado acerca de Aarnio, sin desconocer las reservas (de matiz emotivista) que mantiene al respecto.

Como fundamento de la tesis interpretativa Aarnio propone el requisito de que ésta sea racionalmente aceptable.

La aceptabilidad racional⁴⁴ equivale a la aceptación dentro de un modelo ideal. Las tesis interpretativas y las justificaciones que resulten aceptadas dentro de tal modelo son racionalmente aceptables por definición. El doble problema de Aarnio, como de todos los que construyen modelos ideales, es, por una parte, definir las

⁴³ Ver también MacCormick-Weinberger 1990, especialmente, caps. VI, VII, VIII, X.

⁴⁴ Cfr. Aarnio 1987a, pp. 188-93, 227-28, Aarnio 1987b, pp. 221-27.

características relevantes del modelo y, por otra, justificarlo. Y en este, como en otros muchos casos, la única justificación interesante es la que muestra analogías entre la realidad y el modelo. Si el modelo está bien delineado y tiene claras correspondencias con la realidad, será posible presentarlo como modelo normativo: como objetivo al que hay que tender y como instrumento para criticar la realidad.

El modelo de Aarnio parte de un modelo análogo presentado por Perelman: el auditorio universal⁴⁵. Este auditorio está formado por personas racionales. Así, lo que sea aceptado por personas racionales está racionalmente justificado. La tesis interpretativa (o la justificación de la tesis interpretativa) que llegue a ser aceptada por un auditorio universal es racionalmente aceptable. Aarnio complica el modelo de Perelman al hacer uso de la noción de ascendencia wittgensteiniana de la "forma de vida"⁴⁶. Un grupo de personas comparte la misma forma de vida si tiene (al menos) un lenguaje común, el mismo paradigma científico y los mismos valores últimos. El modelo resultante me parece una forma de vida ideal: un conjunto de personas racionales que hablan la misma lengua comprendiéndose perfectamente entre sí y que tienen en común (podríamos decir como Rawls) una concepción de la justicia⁴⁷. Estas personas no comparten necesariamente los mismos juicios morales o las mismas tesis interpretativas: aunque tiene en común, no obstante, las mismas metanormas, con las que pueden dirimir los conflictos entre ellos (ya sean conflictos morales, interpretativos o de otro tipo).

¿Qué analogía guarda este modelo con la realidad? o, en otras palabras, ¿por qué el modelo debería interesarse en la realidad? La respuesta de Aarnio es doble. Por una parte, Aarnio sostiene que en la sociedad democrática occidental existe una aspiración ampliamente compartida en relación con la realización de la certeza jurídica y que el modelo propuesto por él permitiría alcanzar un nivel

⁴⁵ Cfr. Perelman-Obrechts-Tyteca 1976, pp. 33 ss., 105 ss. y *passim*. Acerca del modelo de Perelman ver, también, Alexy 1989, pp. 155-77.

⁴⁶ Cfr. Aarnio 1987, pp. 215-18.

⁴⁷ En este sentido, el modelo propuesto por Aarnio presenta analogías con la "sociedad bien ordenada" de Rawls. Esto es, una sociedad en la que "cada uno acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia" (Rawls 1982, p. 372).

de certeza muy superior al actualmente disponible. Por otra parte, una de las características del modelo (la racionalidad de quienes forman parte del propio modelo) encontraría correspondencias profundas con la realidad de la sociedad democrática moderna. Aunque en esta cuestión Aarnio es más alusivo que riguroso, parece entender que la racionalidad no es una cualidad que corresponda a cada miembro de nuestra sociedad, aunque este rasgo sea un componente necesario de nuestra forma de vida (la forma de vida de la sociedad occidental moderna). La racionalidad sería un ideal regulativo compartido por quienes pertenecen a nuestra forma de vida: no siempre seguimos sus dictámenes, a menudo nos dejamos guiar por consideraciones contingentes de otro tipo, pero estaríamos dispuestos a aceptar dicho ideal si nos dedicáramos a reflexionar al respecto con calma. Esta característica de nuestra forma de vida hace que el modelo propuesto sea atractivo. Y, en nuestro caso específico, atractivo para los juristas o jueces que buscan un fundamento que justifique sus tesis interpretativas⁴⁸.

¿Cuáles serían, dentro de la forma de vida ideal, los criterios de aceptabilidad racional de las justificaciones compartidos por la comunidad de operadores del Derecho? O, en otros términos y más brevemente, ¿cuáles son los criterios de aceptabilidad racional de las tesis interpretativas? Los criterios propuestos por Aarnio resultan de la combinación de las principales características de la forma de vida (lenguaje común, conocimientos empíricos comunes, valores compartidos, racionalidad) y de la justificación externa (uso justificativo de las fuentes, de las directivas interpretativas y de los metacriterios valorativos para elegir entre las fuentes y las directivas)⁴⁹. Podríamos decir, forzando un poco el texto, que una tesis interpretativa es aceptable si dicha tesis puede resultar externamente justificada en una forma de vida ideal.

Por lo que respecta a la características de la racionalidad, es claro que se trata de una noción compleja. Refiriéndose explícitamente a Alexy, Aarnio presenta un concepto amplio de racionalidad que incluye, al menos, los siguientes sentidos:

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, Aarnio 1987b, pp. 224-25.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, Aarnio 1987a, pp. 185 ss.

- a) la racionalidad lógica, esto es, el uso de las reglas y formas lógicas (sean clásicas o deónticas). En este sentido, es racional una justificación en la que, por ejemplo, las premisas no sean contradictorias con la conclusión o en la que no se presenten premisas lógicamente imposibles.
- b) la racionalidad discursiva, o sea, el uso de las reglas lógicas y del grupo de reglas propuesto por Alexy⁵⁰.
- c) (en cuanto no está incluida dentro de la racionalidad discursiva) la racionalidad como coherencia (*coherence*)⁵¹, de la cual me he ocupado en § 1.4.2.

2.4. La motivación en hechos: la justificación garantista

En este epígrafe de conclusión presento las líneas fundamentales de un modelo garantista de la motivación fundamentada en los hechos en el proceso penal. Este modelo viene construido como un subsector del modelo penal garantista elaborado con precisión analítica por Ferrajoli en un formidable trabajo⁵². Reenvío al lector al modelo general, ya que me sería imposible presentarlo resumidamente con alguna sistematicidad.

Aunque el modelo de Ferrajoli sea teórico, en el sentido anteriormente precisado, creo que, según las intenciones declaradas del autor, debe considerárselo como un modelo normativo, esto es, como un esquema regulativo o como un ideal al cual tender aunque tengamos la certeza de que nunca podremos satisfacerlo totalmente⁵³. Por mi parte, no insistiré en proponer el modelo garan-

⁵⁰ Cfr. Alexy 1989, pp. 187 ss. Sobre la teoría de Alexy, ver Gianformaggio 1986b, pp. 57-88; Peczenik 1989, pp. 187-97.

⁵¹ Además de los trabajos de MacCormick (MacCormick 1978, pp. 41 ss. y 86 ss., MacCormick 1987, pp. 243-63), ver, Peczenik 1989, pp. 158 ss.

⁵² Cfr. Ferrajoli 1989, y al respecto las distintas contribuciones reunidas en Gianformaggio 1992.

⁵³ Cuando afirmo que el modelo de Ferrajoli es teórico no pretendo sostener, por supuesto, que los cientos de páginas del libro contengan sólo el modelo teórico garantista. Entrelazadas con este modelo van observaciones históricas, descripciones de reglas e instituciones, valoraciones, prescripciones, etc. Pero me parece bastante fácil, para cualquier lector atento que esté interesado en el tema, el extraer del libro de Ferrajoli las consideraciones relativas al modelo teórico propiamente dicho.