

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL

por María Cristina Redondo

1. Introducción

El problema de la justificación de las decisiones judiciales es uno de los temas de debate más importantes de la teoría jurídica. Los estudiosos del derecho ofrecen diferentes reconstrucciones de aquello en lo que consiste una decisión judicial, y ellas, a su vez, están vinculadas a diversas premisas de base. Al respecto, una de las premisas de base que hoy cuenta con amplio consenso en la teoría jurídica es la tesis de que el proceso judicial en su conjunto está principalmente orientado a la búsqueda de la verdad. Se trata de una concepción que se puede calificar como cognitivista y racionalista del proceso judicial en general, y de la motivación de la premisa fáctica en particular (es decir, de la solución a la así llamada *quaestio facti*).

En mi opinión, si esta concepción es válida debería ser aceptada – por coherencia – también respecto de la justificación de la premisa normativa de la sentencia. En tal sentido, lo que haré en este trabajo es aplicar esta perspectiva a la solución de así llamada *quaestio iuris*, y explorar la imagen que emerge de la motivación jurídica de la decisión judicial cuando se acepta una concepción cognitivista del proceso.

Cuando se habla de *la* justificación de *la* decisión judicial, se suele hacer referencia sólo a la decisión final o dispositivo con que se cierra el proceso judicial. No obstante, los jueces, al resolver los casos que se les presentan, toman múltiples decisiones y, ciertamente, desde un punto de vista ideal todas ellas deberían ser justificadas¹. El análisis más usual de la decisión final de un juez pone de relieve que ella comporta al menos otras dos decisiones que son fundamentales: la primera se refiere a la solución de la *quaestio iuris*, donde a su vez se podrían distinguir múltiples tipos de decisiones,² y la segunda tiene por objeto la *quaestio facti*, que también presupone diversas decisiones por parte del juez³.

En la literatura sobre este tema suele distinguirse entre la justificación interna y externa de la decisión judicial. Asumiré aquí esta distinción para hacer referencia a lo siguiente. En primer lugar, las decisiones deben contar con argumentos formalmente adecuados en su apoyo. En segundo lugar, dichos argumentos deben ser sustancialmente correctos. En línea de principio, tanto la adecuación formal de los argumentos ofrecidos (i.e. la justificación interna) como la verdad o adecuación material de las premisas que intervienen en tales argumentos (i.e. la justificación externa) son requisitos estrictamente necesarios para poder afirmar que el contenido de una decisión está correctamente motivado o justificado.

En estas páginas me referiré sólo ocasionalmente a la justificación de la decisión final sobre cuya estructura tanto se ha discutido en sede teórica. Presupondré que, en un caso estándar, ella puede ser idealmente reconstruida como un esquema subsuntivo en el que se distinguen una premisa mayor de carácter normativo (que responde a la *quaestio iuris*), una premisa menor de carácter fáctico (que responde a la *quaestio facti*) y una conclusión normativa referida al caso individual (el contenido de la decisión final o norma individual). Me interesa aquí fundamentalmente reflexionar sobre la justificación de la *quaestio iuris*, establecer un paralelismo con relación a la *quaestio facti* y subrayar algunas consecuencias que se obtienen

¹Caracciolo ha subrayado la ambigüedad de la expresión “decisión”. Cf. R. Caracciolo (1988). Y el mismo tipo de ambigüedad se presenta respecto del término “justificación”. Estas expresiones pueden hacer referencia a los *actos* de decidir o de justificar, o a sus respectivos *resultados*, que en este caso son enunciados lingüísticos. En general, me referiré a los contenidos de estos resultados y no a los actos en sí mismos. Más adelante volveré explícitamente sobre la distinción.

² Por ejemplo, según Riccardo Guastini, en la decisión de la *quaestio iuris* están comprendidas decisiones referidas a la identificación de las fuentes relevantes, a la identificación de las normas atribuibles a dichas fuentes (problemas de interpretación), a la validez sustancial de las normas, como así también aquellas referidas a la resolución de problemas generados por la presencia de antinomias, redundancias y lagunas. Cf. R. Guastini (2001), pp. 179-183.

³ Entre las que algunos autores subrayan, por ejemplo, aquellas relativas a la admisión de elementos de prueba o a los juicios que han de considerarse probados. Un lugar especial merece la decisión sobre la subsunción individual de los hechos probados en el proceso en el supuesto de hecho de una norma. Esta decisión puede considerarse parte de una decisión interpretativa de una norma (“interpretación en concreto” de la norma) o parte de una decisión interpretativa de los hechos a la luz de lo que prevé una determinada norma.

de dicho análisis.

2. El paradigma cognitivista del proceso judicial

El modo en que se caracteriza la justificación de los diversos tipos de decisión que toma un juez al resolver un caso no puede ser ajeno al modo en el que se entiende el proceso judicial en su conjunto. En este sentido, un primer punto que me interesa subrayar es que en un paradigma cognitivista, el proceso judicial en general tiene como objetivo central la búsqueda de la verdad en un doble sentido: tanto con relación a los hechos que se deben juzgar, como al derecho que se debe aplicar. En lo que sigue intentaré destacar al menos parte de lo que esta idea comporta – y que de consecuencia estamos constreñidos a aceptar – y parte de lo que, por el contrario, ella niega – y que por lo tanto estamos constreñidos a rechazar.

La base cognoscitiva o epistémica de la decisión sobre la *quaestio facti*, si bien a veces puede ser puesta en cuestión, es por lo general aceptada. Tanto es así que a la premisa fáctica de la decisión del juez se la denomina directamente “premisa epistémica” del razonamiento judicial⁴. Esta presentación pone en contraste el carácter cognoscitivo de la respuesta a la *quaestio facti* con el carácter normativo de la respuesta a la *quaestio iuris*. De este modo, un debate típico de la literatura sobre este tema versa sobre el estatus normativo o volitivo de la resolución de la *quaestio iuris* como opuesto a, o incompatible con, el carácter meramente epistémico que, por hipótesis, es asociado a la resolución de la *quaestio facti*. A mi juicio, esta presentación en términos dicotómicos es errónea por doble partida.

En primer lugar, y por hipótesis, es imposible no reconocer la presencia de un elemento volitivo o decisional (i.e. la existencia de un acto de decisión) en la resolución de ambos tipos de cuestiones. Sin embargo, y en segundo lugar, ello no avala la tesis según la cual el contenido de tales decisiones no se apoya en un esfuerzo de carácter cognoscitivo. Respecto de la *quaestio iuris*, aun si no existiese el deber de motivación, la idea de que el juez *aplica* derecho sería suficiente para avalar la tesis de que la decisión sobre las normas aplicables presupone conceptualmente un compromiso cognoscitivo respecto de las normas de un determinado derecho. Esto tiene una consecuencia importante ya que implica que la obligación de motivar, referida a la *quaestio iuris*, no significa que el juzgador deba mostrar que su decisión es razonable, no arbitraria, o sabia *sans phrase*. Significa que debe mostrar que lo es en un sentido muy específico: conforme a un determinado sistema jurídico. Siendo así, cualquier decisión que se tome, desde la más conservadora a la más audaz, deberá ser presentada como una conclusión que se basa en lo que un derecho preexistente requiere.

Ahora bien, al admitir que un elemento epistémico está conceptualmente incorporado en la resolución de la *quaestio iuris* no se excluye que ella no pueda ser fruto de la discrecionalidad fuerte del juzgador. No es éste el lugar en el que este tema pueda ser tratado en profundidad, pero vale la pena subrayar que la tesis que excluye el carácter creativo en sentido fuerte de las decisiones judiciales no depende tanto de cómo sea caracterizada la decisión sobre la *quaestio iuris* cuanto, más bien, de cómo se entienda el derecho objetivo o el sistema jurídico en el que tal decisión se basa. Por ejemplo, si concebimos el derecho tal como Ronald Dworkin lo propone, las decisiones judiciales sobre la *quaestio iuris* son siempre de carácter epistémico y nunca suponen el ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte. Si lo concebimos en cambio como lo propone Joseph Raz, deberemos admitir que no hay posibilidad de discreción fuerte en casos de lagunas normativas, pero sí en un caso de conflicto o de indeterminación semántica. Si aplicamos, por su parte, las ideas de Herbert Hart, habrá que admitir que las decisiones judiciales sobre la *quaestio iuris* en los casos de vaguedad o textura abierta de la regla de reconocimiento serán necesariamente discrecionales en sentido fuerte. En suma, dado que no es mi objetivo aquí defender una específica teoría sobre el derecho en general, no defenderé tampoco ninguna de estas tesis. En todo caso, si mi razonamiento es correcto, estamos constreñidos a aceptar que toda decisión judicial sobre el derecho – al igual que toda decisión sobre los hechos – está conceptualmente comprometida con la realización de un esfuerzo epistémico. Sin embargo, de ello no se sigue que un elemento puramente creativo o discrecional en sentido fuerte esté excluido. Ante todo, porque los jueces pueden realizar su tarea en modo hipócrita. Pero también porque al intentar conocer el

⁴ Guastini llama cognoscitiva a la premisa menor del razonamiento judicial. Sin embargo, subraya que cuando los jueces deciden no sobre hechos sino sobre la validez de una norma, tal decisión tiene el mismo status normativo (i.e. no cognoscitivo) que tiene la decisión sobre la premisa mayor del razonamiento judicial. Cf. R. Guastini (2001), pp. 185-187.

derecho aplicable es posible que lleguen a la conclusión de que está indeterminado, que contiene lagunas o conflictos que el propio derecho no permite resolver. En estos casos la decisión sobre la *quaestio iuris*, a pesar de apoyarse en un esfuerzo cognoscitivo auténtico, será necesariamente creativa o discrecional en sentido fuerte.

En conclusión, la idea de que en el proceso judicial se busca la verdad – tanto con respecto a los hechos como con relación al derecho –, en primer lugar, requiere el abandono de aquellas tesis que presentan de manera dicotómica o excluyente la presencia de un elemento decisional (o volitivo) y un elemento cognitivo (o descriptivo) ya que, por hipótesis, ambos elementos están presentes en las decisiones que se toman en un proceso concebido de ese modo. En otras palabras, el hecho de que la resolución de la *quaestio iuris* sea fruto de un *acto de decisión* del juez no implica que ella no esté basada en el *conocimiento* de datos preexistentes.⁵ En segundo lugar, tal idea también requiere el abandono de aquellas tesis que, como consecuencia de la dicotomía antes mencionada, paradójicamente reconocen carácter “decisional” o volitivo sólo una de las decisiones judiciales (aquella sobre la *quaestio iuris*) y lo niegan a la otra (aquella sobre la *quaestio facti*), atribuyendo a esta última un carácter meramente cognoscitivo o descriptivo. Si aceptamos que tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del razonamiento judicial son fruto de una decisión por parte del juez, y, contemporáneamente, que ambas están guiadas por un objetivo epistémico, en el primer caso conocer el derecho aplicable y en el segundo caso los hechos en discusión, entonces tanto la respuesta a la *quaestio iuris* como la referida a la *quaestio facti* tienen carácter “decisional” o volitivo pero, a la vez, deben ser justificadas sobre la base de criterios de racionalidad epistémica⁶.

Asumiendo que tanto los hechos como el derecho a ellos aplicable son preexistentes a la sentencia judicial, asumimos también que las decisiones que en la sentencia se toman acerca de la identidad de los mismos, pueden ser acertadas o desacertadas, i.e. no son infalibles. Por este motivo, la exigencia de justificar el contenido de las decisiones que identifican los hechos y las normas jurídicas es justamente el requerimiento de mostrar cuáles han sido las bases de tales decisiones; bases en virtud de las cuales podremos evaluar si las decisiones han sido correctas o no. Siguiendo a Herbert Hart, admitir que el juego que se está jugando en el proceso judicial es “el juego del derecho” y no “el juego de la discrecionalidad del árbitro” implica reconocer que todas las decisiones del árbitro deben basarse en un esfuerzo epistémico. El test clave de la presencia de este compromiso conceptual de tipo epistémico está dado por el hecho de que el juzgador – que ciertamente puede violarlo – no puede negarlo. Si de cualquier modo se hiciese explícito que él juega el juego de decidir sin estar guiado por el objetivo de conocer cuáles son verdaderamente los hechos y el derecho aplicable, su acto se vería frustrado.

3. El derecho como institución sensible a la distribución del riesgo de error en su identificación.

La reflexión precedente tiene una consecuencia importante sobre lo que, a mi juicio, constituye una importante simetría entre la justificación de la *quaestio iuris* y la de la *quaestio facti*. Así como en el ámbito de la prueba de los hechos diversas hipótesis pueden contar con un similar grado de confirmación, también en el ámbito de la identificación del derecho varias hipótesis interpretativas podrían contar con un grado similar de plausibilidad. Es decir, varias hipótesis podrían contar con igual o similar sustento *racional* y, en tal sentido, estarían todas igualmente *justificadas*. Esta circunstancia es especialmente acuciante a la hora de resolver la *quaestio iuris* donde, en no pocas ocasiones, es posible ofrecer más de una interpretación plausible de las disposiciones jurídicas. En estas situaciones, a partir de distintos argumentos plausibles es posible justificar la adscripción de diferentes normas a un mismo texto. Estos argumentos, ciertamente, no garantizan la verdad de las conclusiones; sin embargo, – al igual que los argumentos inductivos que dan apoyo a las conclusiones sobre la *quaestio facti* – puede decirse que las tornan jurídicamente admisibles⁷.

5 En particular, la idea de que el proceso busca establecer la verdad también respecto del derecho es incompatible con tesis como las que propone Riccardo Guastini a tenor de las cuales, mientras que la interpretación de los estudiosos del derecho puede ser un ejemplo de “conocimiento”, la del juez es sólo una “decisión”. Cf. Guastini Cfr. R. Guastini (2004), p. 86.

6 Nuevamente aquí es útil recordar la ambigüedad que señala Caracciolo. Tanto con referencia a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti* es preciso distinguir la *justificación del acto* de decidir (si el juez tiene o no competencia para decidir) y la *justificación del contenido* de la decisión (si lo que el juez decidió es jurídicamente correcto).

7 Por ejemplo, la práctica de una interpretación literal ligada a una forma argumentativa como el “argumento a contrario” es claramente una falacia desde un punto de vista lógico. Sin embargo, se considera un tipo de argumento jurídicamente plausible

Tal como ha sido puesto de relieve con respecto a la resolución de la *quaestio facti*, si el único objetivo de un sistema jurídico fuese la disminución de errores, en el proceso judicial sería indiferente la adopción de uno cualquiera de los juicios de hecho que, por hipótesis, gozan de un grado similar de confirmación⁸. Ello es así porque, en tal situación, tenemos igual o similar razón para aceptar cualquiera de ellos. Ahora bien, cabe subrayar que, aun cuando dispongamos de buenos argumentos a favor de diversas opciones, ello todavía no implica que todas esas opciones sean verdaderas. En la resolución de la *quaestio facti* esto se ve con claridad ya que, por lo general, con relación al conocimiento de los hechos se asume la existencia de una única respuesta correcta o verdadera. En efecto, tal como afirma J. C. Bayón, decir que hipótesis rivales sobre los hechos tienen el mismo grado de confirmación es tanto como decir que tienen la misma probabilidad de ser *falsas*.⁹ Es decir, tienen igual probabilidad de no captar la respuesta correcta. En tal caso, es cierto que el criterio para elegir entre estas hipótesis rivales no puede ser un criterio de *racionalidad*, es decir, el hecho de que estén o no avaladas por un buen argumento. Esto es así, sencillamente, porque estamos presuponiendo que todas esas opciones superan dicho test: todas están racionalmente justificadas. Cuáles sean los criterios que determinan la elección, y si los hay, dependerá de cada sistema jurídico, y de los diversos fines que intenten perseguir mediante las reglas aplicables a la prueba de los hechos en el proceso. De todos modos, dada la presuposición de que hay una respuesta verdadera y de que todas las hipótesis racionalmente justificadas tienen igual probabilidad de no captarla, es de augurarse que quienes diseñen las reglas de decisión lo hagan guiados, entre otros, por el objetivo de que los juzgadores puedan alcanzar la verdad mediante la aplicación de tales reglas.

Como toda regla, las reglas de decisión que indican cómo seleccionar entre opciones que cuentan con igual grado de justificación racional distribuyen de un determinado modo un bien o una carga. En este caso se trata de reglas que distribuyen el riesgo del error beneficiando a una u otra parte¹⁰. Por ejemplo, la regla del *"in dubio pro reo"*, o la presunción de inocencia, aplicables en el ámbito penal son reglas de decisión que, ante hipótesis con similar grado de confirmación, determinan que se debe elegir a favor del imputado. Se trata obviamente de reglas de justicia, que distribuyen el riesgo del error sobre la base de un compromiso con ciertos valores. Sin embargo, no por ello están desconectadas del valor de maximizar el acercamiento a la verdad. En consonancia con lo que señala Luigi Ferrajoli, puede afirmarse que el valor en el que se apoyan estas reglas es todavía el valor de la verdad, ya que con ellas se minimiza el riesgo de dar por probadas hipótesis acusatorias falsas. En otras palabras, la especial protección que el derecho ofrece a los imputados está ciertamente fundada en un objetivo político-moral que, en este caso, es el de disminuir los errores en la mayor medida posible.

Ahora bien, en este punto es posible advertir una importante diferencia entre los estándares que pretenden guiar la decisión sobre la *quaestio facti* y aquéllos que en cambio se aplican a la resolución de la *quaestio iuris*. Las reglas o estándares que indican qué juicios fácticos han de considerarse probados en un proceso judicial pueden perseguir múltiples objetivos, y no sólo el de alcanzar la verdad. Pero, justamente por este motivo, estamos comprometidos a reconocer que las reglas o estándares que indican qué normas han de considerarse jurídicamente válidas tienen que perseguir un objetivo exclusivamente cognoscitivo. Los diversos valores políticos y morales que, además de la obtención de la verdad, el derecho puede perseguir – incluido el derecho aplicable a la determinación de la *quaestio facti* – se verían frustrados si al momento de identificarlo para su aplicación en un proceso judicial, el objetivo no fuese primariamente el *conocer* cuáles son las normas mediante las que, se supone, dichos valores se implementan.

Las apreciaciones anteriores permiten observar un punto adicional con respecto a la determinación de la *quaestio iuris*. Aplicando extensivamente la idea de J.C.Bayón, un sistema que no prevé reglas que indiquen cómo decidir entre opciones interpretativas igualmente justificadas es un sistema insensible al modo en el que se distribuye entre las partes el riesgo del error en la identificación del derecho.

y sirve a justificar decisiones sobre la identificación del derecho.

8 Cf. J.C. Bayón, (2008), manuscrito. Como indica Bayón, dado el carácter gradual de la plausibilidad de nuestros juicios, más que de indiferencia o sensibilidad respecto de la verdad deberíamos hablar de indiferencia o sensibilidad respecto de la disminución del error. Por razones de brevedad y porque creo que es oportuno no superponer la verdad de nuestros juicios con el mayor o menor grado de justificación de los mismos, mantendré claramente diferenciadas la idea de sensibilidad o aspiración a conocer la verdad de la exigencia de justificación que ella implica.

9 Cf. J.C. Bayón, (2008). El subrayado es mío.

10 Cf. J.C. Bayón, (2008).

O, dicho de otro modo, es un sistema para el cual es indiferente qué interpretación elija el juez, siempre que la elección se haga entre dos o más opciones que cuenten con argumentos igualmente plausibles a su favor. Una vez que se advierte el carácter “no estricto” de los argumentos justificativos que avalan las decisiones sobre la *quaestio iuris* y, sobre todo, el hecho que los argumentos disponibles, lejos de restringir, ensanchan la gama de respuestas admisibles, la conclusión será que un sistema que no prevé reglas que indiquen cómo identificar el derecho deja tal decisión librada a la discrecionalidad fuerte del juez.

A mi juicio, que las cosas estén o no de este modo, más que de las efectivas normas pertenecientes a un derecho positivo, depende del concepto de derecho que manejemos, o de la teoría general que asumamos respecto de él. Si respecto de la identificación sus normas un sistema no cuenta con reglas de decisión o criterios de cierre que permitan distinguir entre una respuesta correcta y una incorrecta, significa que tal sistema no cuenta con criterios últimos de validez. Es decir, no existe en él lo que se suele denominar “regla de reconocimiento”. Ciertamente, la tesis de que en el derecho no existe algo así como una regla de reconocimiento no es una tesis extraña; al contrario, es una idea defendida por más de una teoría y por distintas razones. Algunas la defienden explícitamente¹¹, y otras implícitamente¹².

En cualquier caso, si asumimos que el derecho es una institución sensible a la distribución del error en su identificación nos comprometemos con ciertas restricciones. En primer lugar, estamos asumiendo que el derecho – explícita o implícitamente – contiene criterios que permiten determinar cuáles son las normas válidas, i.e. el derecho contiene una regla de reconocimiento. Consecuentemente, asumimos también que las normas válidas no son necesariamente aquellas a favor de las cuales se pueden ofrecer buenos argumentos, sino las que efectivamente satisfacen los criterios de validez. Contar con buenos argumentos a favor de una interpretación no es un criterio de validez. Es decir, no permite inferir que dicha interpretación sea correcta. Los buenos argumentos son sólo instrumentos cuya función es justificar una conclusión muy específica: que las normas identificadas satisfacen los criterios de validez del sistema de referencia. En resumen, afirmar que un sistema jurídico es sensible a cómo se distribuye el error en su identificación implica asumir que la articulación de argumentos plausibles a favor de una interpretación normativa no es suficiente para afirmar su validez. En sentido inverso, afirmar que la articulación de argumentos plausibles es suficiente – o lo único que debemos hacer – para identificar las normas válidas implica asumir que el derecho no contiene criterios para decidir y que no es sensible a cómo se distribuye el error en su identificación.

4. El contenido normativo de las disposiciones jurídicas

Hasta aquí he tratado de defender que tanto la decisión concerniente a la *quaestio facti* como aquella concerniente a la *quaestio iuris* deberían estar basadas en la búsqueda de la verdad y que, como consecuencia, su justificación debería seguir criterios de racionalidad epistémica. Particularmente, reconocer el carácter epistémico de la actividad de identificación de las normas generales es una condición necesaria para poder sostener, también, el carácter epistémico del juicio de subsunción individual en el que un caso concreto se incluye en el ámbito de aplicación de una norma general. Por ejemplo, cuando se afirma que en una específica ocasión alguien ha de ser considerado *incapaz de derecho*, *autor de un homicidio*, *locatario*, etc. Ahora bien, tal como ha sido subrayado por diversos autores, en la identificación de la llamada “premisa fáctica” del razonamiento judicial hay inevitables componentes normativos. Y ello no porque el supuesto de hecho al que se adscriben consecuencias jurídicas esté redactado en lenguaje valorativo (como en las disposiciones que imponen sanciones a la realización de “actos *obscenos*” o un “daño *grave*”), sino simplemente porque cualquier expresión a través de la cual se establezca el supuesto de hecho de una norma es, por definición, expresión de un contenido normativo.

No intento sostener que todos los conceptos son normativos. Palabras como “adquisición”, “automóvil” o “animal” no expresan conceptos intrínsecamente normativos como sí lo hacen, en cambio, expresiones tales como “libertad”, “obsceno” o “grave”. Lo que quiero destacar es que el significado de los

11 Por ejemplo Jeremy Waldron y también todas las teorías escépticas sostienen explícitamente que en el derecho no existe una cosa tal como la regla de reconocimiento.

12 Por ejemplo, una teoría particularista, o una que sostenga que una correcta identificación del derecho depende sólo de una buena argumentación, está implícitamente aceptando que las normas válidas no son aquellas que satisfacen ciertos criterios generales, sino las que en cada ocasión particular se pueden defender mediante buenos argumentos.

supuestos de hecho de las disposiciones jurídicas es evaluativo y normativo, independientemente del hecho de que se proponga mediante expresiones en sí mismas neutrales como las mencionadas en primer lugar. El carácter normativo del significado de una expresión está dado por el hecho de su correlación *necesaria* respecto de ciertas consecuencias deónticas. Y esto es precisamente lo que hacen las disposiciones jurídicas: conectan necesariamente ciertas consecuencias normativas a ciertas circunstancias.

La interpretación de la expresión "adquisición de un automóvil" (y con ella la calificación, o subsunción individual, de un comportamiento como un acto de adquisición de un automóvil) requerirá un concienzudo esfuerzo evaluativo si ella figura como supuesto de hecho de una consecuencia deóntica gravosa. En ciertos tipos de situaciones puede ser tan delicado determinar el alcance de un término como "automóvil" o "animal", como en ciertas otras puede ser banal determinar el alcance de expresiones tales como "obsceno" o "grave". En todo caso, identificar cuál es la situación de hecho a la que se refiere el antecedente de una norma no es una empresa menos evaluativa ni normativa por el hecho de que dicho antecedente esté expresado en términos neutrales.

Puede todavía sostenerse que existe una diferencia relevante entre conectar consecuencias deónticas a supuestos de hecho presentados en términos neutrales o meramente descriptivos, y conectar consecuencias deónticas a supuestos de hecho que contienen términos en sí mismos valorativos. Por ejemplo, tomemos el caso de la disposición "Toda persona mayor de 18 años podrá disponer sobre la donación de sus órganos" y la disposición "Está permitida la donación de órganos por parte de personas que tengan suficiente madurez". Ciertamente existe una gran diferencia entre justificar la aserción "Mario es mayor de 18 años" y justificar la aserción "Mario tiene suficiente madurez"¹³. Sin embargo, cabe recordar que no estamos hablando de la identificación del contenido de estas expresiones acontextualmente, sino en el momento de decidir una *quaestio iuris*. En tal contexto, para determinar cuál es el supuesto de hecho al que el derecho conecta la consecuencia normativa, los jueces no disponen sólo del argumento de la interpretación literal sino que pueden recurrir a diversas estrategias interpretativas, como la analogía, la apelación a principios jerárquicamente superiores del ordenamiento, o directamente a consideraciones de justicia.

Concretamente, por ejemplo, con relación a una disposición como "Toda persona mayor de 18 años podrá disponer sobre la donación de sus órganos", se ha sostenido que para determinar lo que ella prohíbe no cabe simplemente razonar "a contrario", es preciso también tener en cuenta los valores subyacentes a la misma: entre otros, la protección de la vida donante, que en cierta medida se pone en riesgo, pero también la del destinatario¹⁴. Cuando exista la certeza de que esta última se perderá, a menos que la donación se realice en tiempo útil, cabe entender que prevalece la protección de la vida de quien necesita el trasplante. En suma, en los casos en que la donación aparece como único medio para salvar la vida del destinatario de la misma, la disposición citada no prohíbe la donación de órganos a los menores de 18 años. Ciertamente, interpretado de este modo, el supuesto de hecho al que se conecta la prohibición de donar órganos no es "tener menos de 18 años"; en realidad, es algo así como "tener menos de 18 años y que el daño que se evita con la donación no sea mayor que el que con ella se provoca". Lo que hicieron los jueces al decidir la *quaestio iuris* de este modo no permite afirmar que el contenido conceptual de expresiones como "menor de 18 años" o "mayor de 18 años" es en sí mismo evaluativo; sin embargo, confirma que el contenido conceptual del supuesto de hecho de una disposición jurídica sí lo es. El hecho de que la apelación al significado de las expresiones sea sólo una de las estrategias argumentativas disponibles para identificar el derecho es suficiente para mostrar que, aun cuando el supuesto de hecho de una disposición jurídica esté expresado en términos con significado meramente descriptivo, de ello no se sigue que la identificación del supuesto de hecho de la norma sea una empresa meramente descriptiva. Sencillamente porque la identificación del supuesto de hecho de la norma no es (al menos, no es únicamente) función del significado de los términos en los que se expresa.

Este es uno de los puntos en el que la teoría "escéptica" de la interpretación ha siempre insistido. Aun cuando se admita que hay expresiones, como por ejemplo "menor de 18 años", cuyo *significado* ordinario

13 Este juicio de subsunción individual es parte de la premisa menor del razonamiento que justifica la decisión final del juez. Algunos autores sostendrían que si el supuesto de hecho es definido en términos valorativos, entonces no puede ser objeto de prueba. Por ejemplo M. Gascón Abellán (1999), pp. 81-82. J. Ferrer Beltrán (2002), p.57.

14 Caso Saguir y Dib. Corte Suprema de Justicia Argentina, 06/11/ 1980, FALLOS CORTE: 302:1284. En rigor, la parte del art. 13 de la Ley 21.541 a la que me refero reza: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo..."

puede ser conocido directamente sin necesidad de interpretación, debe admitirse también que el derecho no es necesariamente función del *significado* ordinario de las palabras en las que se expresa. Es posible – y de hecho los jueces permanentemente lo hacen – atribuir al derecho contenidos que se alejan notablemente del significado ordinario o convencional de los textos en los que se expresa. Ahora bien, el error de la teoría escéptica reside parcialmente en no advertir que tomar en serio este dato no nos exime de la necesidad de también tomar en serio el dato justificado en el apartado precedente. Es decir, que todo el proceso judicial – incluido el momento de identificación del derecho – está conceptualmente comprometido con una pretensión cognoscitiva. Si esto es así, entonces, los múltiples argumentos a los que se puede apelar para justificar el contenido asignado a las disposiciones jurídicas deben ser presentados como instrumentos de tipo epistémico que, si bien en modo condicional y con carácter meramente probable, nos permiten obtener conclusiones acerca de cuáles son las normas que tales disposiciones expresan.

Los términos en que se expresan tanto los supuestos de hecho como las consecuencias normativas de las disposiciones jurídicas pueden tener distintas características semánticas. Dichos términos pueden o no ser ambiguos, pueden tener significados más o menos vagos, o más o menos valorativos. Sin embargo, la importancia de todas estas características semánticas parece pasar a segundo plano cuando recordamos que la apelación al significado (ambiguo, vago o valorativo) de las expresiones es sólo uno de los argumentos a través de los cuales se puede justificar la identificación de las normas que las disposiciones expresan. Si lo que se dijo antes es correcto, la decisión de la *quaestio iuris* tiene carácter claramente evaluativo y normativo, pero ello no excluye que contemporáneamente tenga carácter epistémico. Por suposición, las evaluaciones y las normas que se busca identificar son las que están ya en el sistema y no las de quien juzga. Por tal motivo, si el derecho no contiene reglas de decisión o criterios de validez que determinen cuáles, entre los diversos resultados racionalmente justificables, han de considerarse correctos, entonces efectivamente tiene razón la teoría escéptica: cualquier decisión judicial sobre el derecho es admisible, siempre que esté oportunamente argumentada¹⁵.

En las reflexiones precedentes hay tres puntos centrales que son los que he intentado defender. En primer lugar, que las decisiones tomadas por los jueces en la sentencia, sea sobre la *quaestio facti*, sea sobre la *quaestio iuris*, o sobre el caso individual, si bien son necesariamente evaluativas, presuponen conceptualmente un compromiso cognoscitivo. Por esta razón, en segundo lugar, la exigencia de motivar o justificar estas decisiones judiciales no consiste simplemente en ofrecer argumentos a favor de los contenidos de las mismas. Ofrecer argumentos es indispensable en la medida en que se supone que ellos nos permiten acceder, en la mayor medida posible, a la verdad (i.e. a los hechos tal como son, al derecho tal como es)¹⁶. En tal sentido, la exigencia de justificación o de motivación no puede ser vista como una exigencia de racionalidad sin aditamentos. En el caso de la justificación de la respuesta a la *quaestio iuris* se trata de un ejercicio de racionalidad epistémica relativo a un determinado derecho o, si se quiere, de justicia *en la aplicación de la ley*. Por tal motivo, en tercer lugar, puede afirmarse que la justificación que los jueces ofrecen de sus decisiones tiene siempre valor instrumental y subordinado. El valor principal de la forma de argumentación más estricta, i.e. aquella lógicamente válida, reside en que ella garantiza la preservación de la verdad. Es decir, su principal valor es dependiente del valor de verdad de los contenidos a partir de los que se argumenta. Aunque en medida menor, lo mismo cabría decir respecto de aquellas formas argumentativas no deductivamente válidas que no garantizan que la conclusión conservará el valor de verdad de las premisas, pero lo hacen probable. Aplicando categorías muy conocidas, puede sostenerse que las estrategias o formas argumentativas disponibles para la justificación de la *quaestio iuris* (sean o no deductivamente válidas) no son modelos de justicia procedimental pura. Las conclusiones avaladas no son correctas por el mero hecho de que se alcanzan siguiendo tales formas argumentativas. En todo caso, ellas funcionan como modelos de

15 En los casos en que un sistema no incorpora *explícitamente* criterios últimos de validez no parece haber ninguna razón teórica para afirmar que los jueces deben concebirse necesariamente como aplicando derecho preexistente, o como creando nuevo derecho. Si los jueces entendiesen que el derecho es fruto sólo de acuerdos explícitos estarían constreñidos a admitir que allí donde termina el acuerdo explícito comienza su tarea creativa. Si, en cambio, entendiesen el derecho como dependiente de convenciones con contenidos implícitos deberían presentarse como “buscando” los criterios que el sistema implícitamente establece para identificar el derecho válido.

16 Los criterios para la identificación de las normas de un sistema jurídico normalmente dejan abierta la posibilidad de atribuir más de un sentido a las disposiciones jurídicas. La exigencia de que el contenido de la decisión sobre la *quaestio iuris* se corresponda al derecho, o se ajuste a lo que el derecho es, no implica suscribir la tesis de la única respuesta correcta.

justicia imperfecta y presuponen la existencia de criterios de validez independientes, que determinan cuál conclusión es correcta y cuál no lo es. Si estos criterios de validez no existen, en primer lugar, habrá que dar la razón a la concepción escéptica. Es decir, habrá que admitir que podemos argumentar de múltiples maneras plausibles, avalar resultados contrastantes, y que todos ellos son igualmente válidos. En segundo lugar, habrá que admitir que, en este caso, el sistema es insensible al modo en el que se distribuye el riesgo del error en la identificación del derecho.

5. Sobre la necesidad de un acto de justificación racional

Ahora bien, si lo que realmente importa es la verdad (o la respuesta más plausible posible) acerca de cuál es el derecho válido, puede ponerse en duda que el juez deba siempre *justificar* la identificación que hace de las normas jurídicas. Si la verdad es evidente o clara, es decir, si la respuesta a la *quaestio iuris* es fácil ¿Es necesario justificar tal respuesta? Por ejemplo, a una conclusión negativa se llega cuando se entiende que *la* justificación de *la* decisión judicial se refiere en realidad a la decisión final o norma individual. Desde esta perspectiva, la justificación de la decisión sobre la premisa normativa es parte de la justificación de aquella decisión final (la llamada “justificación externa”) y que resulta necesaria sólo cuando se presentan dificultades. Por ejemplo, cuando no es clara la validez formal de un documento normativo, cuando hay varias interpretaciones plausibles, cuando hay antinomias, redundancias o lagunas¹⁷.

En este sentido, es útil recordar la ambigüedad presente en la expresión “justificación” que puede referirse, por una parte, a un acto o actividad y, por otra parte, a una relación objetiva entre una conclusión y las razones que la sostienen. Valiéndonos de esta distinción, cabría subrayar que mientras siempre se requiere que la respuesta a la *quaestio iuris* esté justificada en el segundo sentido (i.e. que haya razones que la sostengan), no siempre – sino sólo en los casos difíciles – , se exige que lo esté en el primer sentido. Es decir, no siempre se requiere que los jueces lleven a cabo un *acto* de justificación en el que se articule un argumento para avalar el resultado propuesto.

Si esto es así, es interesante advertir otra notable asimetría existente entre la justificación de la decisión sobre la *quaestio iuris*, por una parte, y la justificación de la decisión final y de la premisa fáctica, por otra. Con relación a la norma individual final es siempre requerido un acto explícito de justificación. De hecho, la redacción de una sentencia es fundamentalmente un acto de justificación en el que se explicitan las premisas normativas y fácticas que sostienen una decisión final. Del mismo modo, nadie parece dudar acerca de la necesidad de un acto de justificación con relación a la respuesta a la *quaestio facti*. Acto que está explícitamente previsto y regulado por reglas referidas, por ejemplo, a los tipos de prueba permitidos, obligatorios o prohibidos, o al valor atribuible a los mismos. El juez no puede no mencionar sobre qué bases considera que ciertos enunciados fácticos han de considerarse probados. Esto es así, entre otras razones, porque el conocimiento de los hechos en un proceso judicial nunca es directo: el juez puede acceder a ellos indirectamente, a través de diversos medios de prueba. Por el contrario, con relación a la identificación del derecho, en la medida en que se supone que – al menos en los casos claros –, puede conocerse directamente, inclusive sin necesidad de interpretación, se supone también que es suficiente con que el contenido de la decisión de la *quaestio iuris* esté objetivamente justificado, sin que se requiera un acto de justificación por parte del juez¹⁸.

Ahora bien, si aceptamos que tanto en la identificación del derecho como en la de los hechos el juez debe estar guiado por un objetivo epistémico, parece plausible aceptar que en ambos casos lo que interesa no es su íntima convicción o creencia, entendida como estado psicológico, sino que tal creencia esté sostenida por argumentos (formal y sustancialmente) adecuados. Dichos argumentos, como vimos, si bien no lo garantizan, hacen probable la obtención del conocimiento que se busca.

Al menos parte del sentido de la justificación que debe ofrecer un juez está en que ella da la oportunidad de controlar y criticar las razones por las cuales el juzgador sostiene que una determinada respuesta a la *quaestio facti* o *iuris* es la más plausible. Si esto es así, admitir que hay casos que pueden

17 Cf. R. Guastini (2001), p.177.

18 Por supuesto, si se sostiene que no es posible conocer normas sin realizar una previa actividad interpretativa y, conjuntamente, que siempre hay más de una interpretación posible, la conclusión debería ser que no hay casos fáciles y que toda identificación de una norma (toda decisión sobre la *quaestio iuris*) requiere de un acto explícito de justificación.

considerarse fáciles o simples no implica que ellos no estén sujetos a una exigencia de justificación. En todo caso, si la respuesta a la *quaestio facti o iuris* es clara o fácil, también lo será su justificación.

Ver las cosas en esta perspectiva permite advertir que, respecto de la resolución de la *quaestio iuris* por parte de los jueces, quizás, persiste una concepción ingenua, que en línea de principio parece haber sido superada respecto de la *quaestio facti*. En este último caso, se admite la importancia de la justificación del juez como base para controlar su conclusión sobre los hechos que a su entender han de considerarse probados. En contraste, no sucede lo mismo respecto de la conclusión del juez sobre el derecho que ha de considerarse válido. Es indicativo que mientras con respecto a la prueba de los hechos se acepta una concepción no inquisitiva del proceso y se juzga vital – para el derecho de defensa y el mejor acceso a la verdad material – que las partes tengan la oportunidad procesal de presentar su propia versión de los mismos, de evaluar y de discutir lo que propone la parte contraria, con relación a la cuestión normativa, si bien de hecho las partes intervienen en la interpretación, el proceso no prevé expresamente un momento de diálogo o de contradicción. El derecho se presume conocido por el juez quien, al resolver la *quaestio iuris*, no se concibe como emitiendo un *juicio* con relación al derecho válido (juicio que podría ser más o menos acertado), sino como directamente invocando o expresando el derecho válido. En contraste con lo que parece obvio respecto de los hechos: que ellos no entran directamente en el proceso, sino sólo a través de juicios que se refieren a ellos y que deberán ser objeto de prueba y de control, se supone que el derecho está directamente presente en el proceso judicial por boca del juez. Se podría decir que toda la conciencia acerca del carácter indirecto y tentativo del conocimiento sobre los hechos falta con respecto al del derecho¹⁹.

A mi juicio, esta concepción acerca posición del juez en el proceso, y en especial acerca de su conocimiento del derecho, explican por qué no parecen tan importantes, con relación a la *quaestio iuris*, ya sea la existencia de un acto explícito de justificación como la de criterios que guíen la decisión. No obstante, si asumimos una concepción epistémica del proceso judicial en general, no hay razón para que el acto de justificar de la decisión y la existencia de reglas que la guíen se consideren apropiados en la resolución de la *quaestio facti* y no en la resolución de la *quaestio iuris*. Independientemente de la facilidad del caso, una adecuada motivación de la decisión sobre los hechos es imprescindible. Pero, entonces, una adecuada motivación de la decisión sobre el derecho también lo es.

6- La aceptación de las reglas sobre la justificación

Una última y breve reflexión. La expresión “justificación” padece de un ulterior tipo de ambigüedad. Tanto la actividad como el producto de la justificación son datos externos y deben distinguirse de los procesos psicológicos internos de los agentes que justifican sus decisiones. Valiéndonos de esta distinción es posible expresar el desacuerdo entre dos modos de concebir el requerimiento de justificación. Por una parte, es posible entender que tal requerimiento se refiere sólo a un acto o resultado externo. En contraste, es posible entender que el requerimiento comprende también una actitud interna, que se satisface sólo si los agentes de hecho razonan auténticamente, tratando de conocer el derecho que deben aplicar, y los hechos a los cuales deben aplicarlo. Probablemente la misma idea puede expresarse en otros términos. En este caso, lo que se pone en cuestión si las normas que exigen y regulan la motivación son reglas heurísticas, que buscan guiar *ex ante* un proceso de descubrimiento del contenido de la decisión, o si en cambio son reglas que sólo exigen la realización de un argumento *ex post* en el que se racionaliza una decisión a la que, de hecho, se podría haber llegado por cualquier vía, inclusive en modo intuitivo o arbitrario.

Sería contradictorio con cuanto he dicho hasta aquí afirmar que el requerimiento de justificación de las decisiones dirigido a los jueces y/o las normas concretas que regulan dichas decisiones no pretenden controlar las actitudes de los jueces, o el proceso psicológico que ellos siguen hasta llegar a las conclusiones a las que llegan, sea fácticas o normativas. Que sea esto lo que estas normas pretenden queda implícitamente reconocido cuando admitimos que, si bien los jueces pueden carecer de una actitud

¹⁹ Al respecto, es interesante notar cómo algunos autores conciben la premisa mayor de la sentencia judicial como expresión directa del derecho aplicable. Por ejemplo, E. Bulygin (1995), pp. 1-18. Por el contrario, otros autores entienden que la premisa mayor en la que los jueces basan su decisión es un *juicio* mediante el cual ellos expresan su aceptación de un determinado contenido normativo. En este sentido, por ejemplo, Carlos Nino sostiene que se trata de un juicio de adhesión normativa. Cf. C. S. Nino (1985), p.140.

cognoscitiva – respecto de los hechos o del derecho –, ellos no pueden hacer explícito este hecho sin violar el requerimiento de decidir motivadamente, es decir, sin frustrar su acto de motivación. Las normas que regulan la toma de decisiones – a diferencia de las que regulan comportamientos, en general – son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento²⁰. Tales normas usualmente establecen qué tipo de consideraciones es obligatorio, prohibido o permitido tener en cuenta para decidir en uno u otro sentido. Concretamente, en nuestro caso, para concluir que un determinado enunciado normativo ha de considerarse expresión de una norma válida, o que un determinado juicio de hecho ha de considerarse un enunciado probado.

Lo que sucede es que este tipo de acción *intencional* que se requiere del juez no es una excepción a la regla general de que toda acción definida por una específica motivación o actitud interna puede ser llevada a cabo con éxito sin que los agentes tengan efectivamente la actitud interna que define a la acción. Es decir, puede ser llevada a cabo hipócritamente o con la actitud del *free rider*, quien explota los beneficios de una práctica instituida y en la que el comportamiento externo de los participantes normalmente va acompañado de la actitud interna que el *free rider* no tiene. Este es el caso del juzgador que ofrece razones jurídicas para justificar su decisión, pero lo hace sólo para racionalizar – *ex post* – una decisión tomada intuitivamente, o sobre la base de motivos que no serían admisibles. En tal caso, si no emerge una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas, y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren. El hecho de estar efectivamente motivado por las razones que invoca le será atribuido. Y ello sencillamente porque – hasta prueba en contrario – la motivación se presupone unida al comportamiento externo que el juzgador lleva a cabo. En otras palabras, si el juez articula externamente un argumento justificativo en el que *dice* haber tenido en cuenta ciertas razones o haber seguido cierto tipo de razonamiento para llegar a una conclusión, salvo que por un medio u otro se haga explícita la ausencia de tales creencias o razonamientos, se presupondrá sincero. Por este motivo, aun cuando admitamos que parte de lo que las normas sobre la motivación exigen del juez es una específica actitud interna, o el desarrollo de un específico tipo de razonamiento, el mero acto de *presentación* de un argumento será suficiente para satisfacer dichas normas ya que dicho acto está ligado a una presunción de sinceridad.

Referencias bibliográficas

- Bayón, J.C. (2008), "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", manuscrito.
- Bulygin, E. (1995), *Norma, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli.
- Caracciolo, R. (1988), *Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial*, in «Análisis Filosófico», VIII, 1.
- Ferrer Beltrán, J. (2002), *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (1999), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons.
- Guastini, R. (2001), *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.
- Nino, C.S. (1985), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.
- Raz J. (1990), *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press.

²⁰ La distinción entre razones que requieren cumplimiento (*reasons for compliance*) y las razones que requieren mera conformidad (*reasons for conformity*) es presentada por Raz, en J. Raz (1990), pp.178-186.